

Rett til barnehageplass

- en rett for alle?

Kandidatnummer: 536

Leveringsfrist: 25.04.2009

(* regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 17 476 ord

15.04.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av oppgaven	1
1.2	Kilder og metode.....	2
<u>2</u>	<u>LOVENDRINGEN: PLIKT MED KORRESPONDERENDE RETT</u>	<u>4</u>
2.1	Endringen i bhl. § 8 (2)	4
2.1.1	Forståelsen av bhl. § 8 (2) før endringen	4
2.1.2	Forståelsen av bhl. § 8 (2) etter endringen	7
2.2	Nye bhl. § 12 a	10
2.2.1	Hva er en rettighet?.....	12
2.2.2	Hvem har rett?.....	13
2.2.3	Hvilke rettigheter har rettighetshaver?	15
2.2.4	Kommunenes plikt etter bhl. § 12 a.....	18
2.3	Behovet for endring	19
2.3.1	Plass til alle uten endring?	19
2.4	Barn uten individuell rett	20
2.4.1	Barn som fyller ett år etter 31. august.....	20
2.4.2	Barn som flytter til kommunen etter søknadsfrist	21
2.4.3	Barn i asylmottak.....	22
<u>3</u>	<u>RETTIGHETS- OG PLIKTBEGREPET I LOV OM GRUNNSKOLEN OG DEN VIDEREGÅENDE OPPLÆRINGA SETT I FORHOLD TIL BARNEHAGELOVEN.....</u>	<u>24</u>
3.1	Plikt og rett til å gå på skole.....	25
3.2	Hvilke forskjeller er det mellom barnehageloven og opplæringsloven?	25

3.3	Konsekvenser av brudd på plikten	26
4	<u>PRIORITET VED OPPTAK TIL BARNEHAGE BHL. § 13</u>	28
4.1	Barn med nedsatt funksjonsevne	29
4.2	Barn det er fattet vedtak om etter bvl. §§ 4-12 og 4-4 (2) og (4)	30
4.3	Rett til prioritet, rett til plass i barnehage?	30
4.4	Behovet for bhl. § 13 etter innføringen av rett til barnehageplass	33
5	<u>KONSEKVENSER AV ENDRINGEN.....</u>	34
5.1	Barn som fyller ett år innen utgangen av august det året det har søkt om plass, har rett på plass i barnehage	34
5.1.1	Ventetid	35
5.1.2	To eller flere opptak	36
5.1.3	Burde loven vært lagt opp annerledes?	39
5.1.3.1	Viderefølge ordningen etter 2007-2008 definisjonen	40
5.1.3.2	Fra fylte ett år	41
5.2	Konsekvenser av å si nei til tilbud fra kommunen	42
5.2.1	Man mister retten til plass	42
5.3	Klage	43
5.3.1	Mister flere retten til å klage ved innføring av bhl. § 12 a?	47
5.3.2	Vil endringen føre til flere klager?	47
6	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....</u>	49
6.1	En klarere rett?	50
6.2	Konklusjon	52
7	<u>LITTERATURLISTE.....</u>	56

<u>8</u>	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>A</u>
-----------------	---	-----------------

1 Innledning

1.1 Presentasjon av oppgaven

Denne oppgaven tar for seg retten til barnehageplass etter lov om barnehager (barnehageloven) 17. juni 2005 nr. 64 (heretter bhl.). Oppgaven vil i hovedsak dreie seg om de to endringene i barnehageloven som regulerer barns individuelle rett til tilbud om plass i barnehage.

Fra 1. januar 2009 ble det innført en individuell rett til barnehageplass i bhl. §§ 8 (2) og 12 a. Endringen i barnehageloven skal være en del av regjeringens målsetning om full barnehagedekning, til en lav pris og god kvalitet i det barnehagetilbud som skal gis brukerne.

Endringen skjer etter en trinnvis opparbeidelse av full barnehagedekning, der staten har bidratt kommunene med ressurser til å bygge ut barnehagetilbudet i kommunen etter lokale forhold og behov.

En plass i barnehage gir langsiktige effekter¹ ved at det er lagt opp til å være et godt pedagogisk tilbud, et viktig omsorgstilbud og en viktig faktor for yrkesdeltakelse for småbarnsforeldre.² Barns språklige ferdigheter legges i småbarnsalderen, og barnehagen skal være et sted der barnet får utvikle dette sammen med andre barn.³ Barnehage er videre en institusjon som, i samarbeid med skolen, skal gjøre overgangen mellom barnehage og skole lettere for barnet når den tid kommer.

En rett til plass i barnehage er ment å skape forutsigbarhet for både foreldre og barn.

¹ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 5.

² Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 5.

³ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 5.

Hovedproblemstillingen i oppgaven vil være å se på hvilke juridiske betydninger endringene i barnehageloven vil ha ved å gå fra en kollektiv plikt til å sørge for tilstrekkelig antall barnehageplasser i kommunen til en kollektiv kommunal plikt til å kunne ivareta individuell rett til barnehageplass for brukeren i bhl. §§ 8 (2) og 12 a. Har det blitt en klarere rett for færre?

I tillegg til å gå inn på den juridiske betydningen av loven, vil jeg også se nærmere på konsekvensene som følger endringene. Selv om det ikke er endring i bhl. § 13 om prioritet ved opptak til barnehage, vil jeg se nærmere på denne paragrafen. Vil endringene i bhl. §§ 8 og 12 a føre til endringer av kommunenes behandling av barn som faller inn under fortrinnsretten?

For å komme frem til en konklusjon på problemstillingen vil jeg se nærmere på lovgivningen i barnehagesektoren før og etter endringen. Ved å sette fokus på hva en barnehageplass er, hvem som har rett på plass i barnehage og hvem som faller utenfor den individuelle retten til barnehageplass kommer jeg til å trekke inn de juridiske betydninger endringene har for brukerne.

Begrepene rett og plikt vil jeg også behandle nærmere. Etter endringene i barnehageloven har begrepet plikt fått en ”ny” betydning i forhold til tidligere reguleringer. Rett til barnehageplass har kommet inn som et nytt begrep, og jeg vil derfor behandle hva som ligger i disse to begrepene.

1.2 Kilder og metode

Når jeg har skrevet denne oppgaven har jeg basert meg på lovtekster, forskrifter og forarbeider i tilknytning til rettsregler gitt på barnehagesektorens område. Oppgaven vil i hovedsak dreie seg om lov om barnehage 17. juni 2005 nr. 64, men jeg har under arbeidet med oppgaven sett nærmere på andre lover som har vært relevante for framstillingen.

Lovverket rundt barnehage er viet lite oppmerksomhet i rettslitteraturen. Det som er skrevet er bygget opp rundt barnehageloven fra 1995.⁴ Ved å gå til de tilgjengelige, relevante rettskildene til barnehageloven har kildene gitt en veiledning til å kunne samordne hva som kan tolkes til å være gjeldende rett.

Det er i hovedsak ikke-jurister som til daglig forvalter barnehageloven og forskrifter gitt i henhold til loven. Jurister og ikke-jurister tolker gjerne rettsregler forskjellig, dette kan føre til at regelverket blir ulikt praktisert. Det er derfor viktig at lovverket bygges opp enkelt og oversiktlig. Kunnskapsdepartementet har gitt diverse uttalelser om tolkingen av loven og forskriftene⁵, uttalelsene fra departementet gir brukerne av loven hjelp til å anvende loven presist. For å kunne gi en god uttredelse av endringene gjort i bhl. §§ 8 (2) og 12 a har jeg sett på hvordan barnehagemyndigheten, kommunen jf. bhl. § 8 (1) praktiserer loven, og hvordan fylkesmannen tolker loven.

Jeg har også sett på andre rettsområder som regulerer rettigheter og plikter mellom individ og det offentlige. Jeg har i hovedsak sett på skolesektoren med vekt på opplæringslova og forarbeider rundt denne. Ved å se på andre rettsområder der man har lovbestemte rettigheter og plikter, kan jeg sammenligne på hvilke områder de er like og på hvilke områder de skiller seg fra hverandre.

⁴ Leif Oscar Olsen, Juss i barnehagen

⁵ Rundskriv F-08/2006

2 Lovendringen: Plikt med korresponderende rett

Endringen i barnehageloven om rett til barnehageplass er resultat av en endring som har skjedd over tid gjennom en trinnvis oppbygning. Gjennom flere steg har kommunene fått tilført nye oppgaver. De har fått større ansvarsområder og har selv hatt ansvaret for hvordan de vil organisere oppgavene.⁶ Med uttrykket trinnvis oppbygning mener jeg at det er innført nye oppgaver for kommunene i små etapper. Politikerne har gitt kommunene tid til å nå delmål på veien mot full barnehagedekning. Jeg vil gå nærmere inn på den trinnvise oppbygningen mot en fullt utbygd barnehagesektor i punkt 6.2.

2.1 Endringen i bhl. § 8 (2)

Da regjeringen ønsket å innføre en individuell rett til plass i barnehage måtte det gjøres endringer i kommunenes plikt etter tidligere bhl. § 8 (2). For at det skulle korrespondere mellom retten for brukeren og plikten for kommunen til å tilby plasser, måtte pliktbegrepet endres fra en ikke sanksjonerbar plikt til en faktisk plikt med en medfølgende rett.

Endringen besto i å gå fra å ha et tilstrekkelig antall barnehageplasser til det å kunne tilby hver enkelt søker med rett etter bhl. § 12 a en barnehageplass etter det omfang de ønsker. Departementet har gått inn for at behovet er dekket når alle med individuell rett har fått plass, og kommunene har da etter lovens definisjon, jf. bhl. § 12 a full barnehagedekning.⁷

2.1.1 Forståelsen av bhl. § 8 (2) før endringen

Slik bhl. § 8 (2) lød før endringen hadde kommunene ”plikt til å sørge for at det finnes et tilstrekkelig antall barnehageplasser for barn under opplæringspliktig alder”⁸. Kommunenes plikt til å ha et tilstrekkelig antall plasser kom inn i barnehageloven i 2003. Dette var en kollektiv plikt, det vil si en plikt for kommunen til å ha et tilstrekkelig antall

⁶ Ot.prp. nr. 72 (2004–2005) s. 7.

⁷ Kunnskapsdepartementet ved Sunniva Kloed. (2009)

⁸ Barnehageloven av 2005 § 8 (2) 1.punktum.

barnehageplasser som var rettet mot alle de med ønske om plass i barnehage, men som det ikke var noen korresponderende rettighet til.⁹ En barnehageplass var med dette et gode som kommunen skulle prøve å oppnå full behovsdekning for. Kommunene skulle jobbe aktivt for å kunne tilfredsstille behovene som til enhver tid gjorde seg gjeldende, og det var kommunene selv som skulle fastsette behovet for antall plasser.

Behovet for barnehageplasser kan være vanskelig å anslå. Et behov endrer seg gjerne med økende utbygging¹⁰ og tilgjengelighet for brukerne. ”Det vil derfor være vanskelig å fastslå behovet en gang for alle”¹¹, hvilket behov som til enhver tid melder seg må oppdateres jevnlig. Dette kan gjøres gjennom lokale behovsbaserte undersøkelser.¹²

Andre forhold som påvirker behovet er barnehageplassens pris og om andre økonomiske ordninger vil gi muligheter for et annet omsorgstilbud. Foreldrebetaling i barnehage kan ikke overstige maksimalgrensen som blir fastsatt i Stortingets årlige budsjettvedtak, jf. forskrift om foreldrebetaling i barnehager § 1. Andre økonomiske ordninger kan for eksempel være kontantstøtte. Kontantstøtte gis til barn mellom ett og tre år som ikke har plass i barnehage eller har plass mindre enn 33 timer per uke i barnehage som mottar offentlig driftstilskudd, jf. lov om kontantstøtte til småbarnsforeldre (kontantstøtteloven) 26. juni 1998 nr. 41 §§ 2 og 7 (4).

Gjennom samordnet opptaksprosess kan kommunene anslå hva som anses å være det samlede behovet for barnehageplasser innad i deres kommune. Samordnet opptaksprosess er en ordning der kommunen skal legge til rette for opptak til både kommunale og private barnehager. Samordnet opptaksprosess kom inn i loven ved endring av barnehageloven av 5. mai 1995 nr. 19 i 2003. En samordning av opptak til barnehage skal være med å sikre

⁹ Ot.prp. nr. 76 (2002–2003) pkt. 4.4.3.

¹⁰ Ot.prp. nr. 76 (2002–2003) pkt. 4.4.2.

¹¹ Ot.prp. nr. 76 (2002–2003) pkt. 4.4.2.

¹² Ot.prp. nr. 76 (2002–2003) pkt. 4.4.2.

likebehandling av kommunale og private barnehager,¹³ samt likebehandling av barn og foreldre som søker. Samordnet opptaksprosess ble innført som et virkemiddel for å få bedre oversikt over etterspørselen av plasser i barnehage, og prosessen skal hjelpe til med å oppfylle brukernes behov og ønsker på en oversiktlig og god måte.¹⁴

Alle barnehager, kommunale og ikke-kommunale, har plikt til å være med på samordnet opptaksprosess.¹⁵ Opptaksmyndigheten skal ved opptaket ta hensyn til den enkelte barnehages opptakskrets definert i deres vedtekter.¹⁶ Reglene om samordnet opptaksprosess er videreført uten endringer.¹⁷

Det var før endringen av bhl. § 8 kommunenes plikt å opprette barnehageplasser med tanke på full behovsdekning innad i kommunen.¹⁸ Departementet uttaler i Ot.prp. nr. 76 (2002–2003): ”Forslaget om at kommunene pålegges å sørge for at det finnes et tilstrekkelig antall plasser, innebærer at kommunene er forpliktet til å tilby plasser til barn i alle aldersgrupper under opplæringspliktig alder.” Kommunenes plikt ville i tillegg til å ha tilstrekkelig med plasser også være å sørge for at behovene og ønskene til foreldrene ble imøtekommet så langt som mulig, endre og utvikle sitt tilbud etter hvilket behov som viste seg nødvendig.

Ved at det ikke var noen korresponderende regel om rett til plass i barnehage til kommunens plikt i bhl. § 8 (2), medførte dette at det ikke ga et rettskrav dersom søkeren ikke ble tilbudt barnehageplass. For kommunene var det heller ingen negative sanksjoner fra statens side dersom de ikke klarte å etterleve sin lovfestede plikt etter tidligere bhl. § 8 (2).

¹³ Ot.prp. nr. 76 (2002–2003) pkt. 5.2.

¹⁴ Ot.prp. nr. 76 (2002–2003) pkt. 5.2.

¹⁵ Barnehageloven § 12.

¹⁶ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 33.

¹⁷ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 33.

¹⁸ Ot.prp. nr. 76 (2002–2003) kap. 4.

Lovfestingen av en plikt for kommunene til å arbeide aktivt for å oppnå full behovsdekning av barnehageplasser var en start for kunne oppnå regjeringens mål om full barnehagedekning. Ved at kommunene måtte arbeide aktivt for å ha nok plasser medførte dette en utbyggingsplikt dersom de ikke hadde tilstrekkelig med plasser. Ved at staten dekket store deler av kostnadene ved utbyggingen gjennom øremerkende drifttilskudd og investeringstilskudd ble det for kommunene økonomisk gunstigere enn tidligere.¹⁹ I tillegg til at staten dekket kostnader ved utbygging, ble nye plasser tildelt skjønnsmidler fra staten som dekker kostnader kommunene ellers ville hatt ved drift av de nye plassene.²⁰ Disse kostnadene skulle tidligere dekkes av kommunen.

2.1.2 Forståelsen av bhl. § 8 (2) etter endringen

Ved endringen i bhl. § 8 (2) 1. punktum som trådte i kraft 1. januar 2009 ble pliktbegrepet i loven utvidet. Departementet mener at slik loven lyder etter endringen vil det være lettere å forstå endringen av kommunens plikt.²¹ Slik lovens § 8 annet ledd lyder nå, ”kommunen har plikt til å tilby plass i barnehage til barn under opplæringspliktig alder som er bosatt i kommunen, jf. § 12 a”, har plikten for kommunen blitt korrespondert med en rettighet etter bhl. § 12 a.

Etter bhl. § 8 (2) 1. punktum har kommunene nå en kollektiv plikt til å kunne gi et barn med rett til plass i barnehage etter bhl. § 12 a en barnehageplass. Hvem som har en slik individuell rett etter § 12 a vil jeg komme tilbake til under, se punkt 2.2 og følgende. Det er kommunen selv som fortsatt skal fastsette det reelle behovet for barnehageplasser i kommunen. Når kommunen skal fastsette dette behovet for plasser må de ta hensyn til flere ting. For det første må de ta hensyn til barnehagens vedtekter.²² Barnehagens vedtekter skal fastsettes av den enkelte barnehageeier, jf. bhl. § 7. Alle barnehager skal ha vedtekter,

¹⁹ St.meld. nr. 28 (2004–2005) pkt. 2.1.

²⁰ St.meld. nr. 28 (2004–2005) pkt. 2.1.

²¹ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) pkt. 4.7.2

²² Kunnskapsdepartementet (2008) Brev 9.12.2008.

uavhengig av om det er kommunal eller privat eier. I vedtektene skal opptakskrets defineres, jf. bhl § 7.

I både kommunale og private barnehager vil opptakskriteriene ha betydning ved opptak ved at opptakskretsen definerer hvem som skal ha rett på plass i barnehagen. Det er særlig på et punkt vedtektene i private barnehager, herunder særlig opptakskriteriene, må tas hensyn til ved fastsettelse av behovet for plasser. Private barnehager skal ta opp barn med rett innenfor sin opptakskrets som har søkt plass i denne barnehagen. Etter de har tatt opp alle med rett innenfor opptakskretsen, vil de kunne ta opp barn uten rett innenfor opptakskretsen før de må ta opp barn med rett utenfor opptakskretsen. Dette kan begrunnes med at det er barnehagens opptakskriterier som skal gjelde ved opptak.²³ Dersom den private barnehagen ikke har vedtatt i sine vedtekter at de skal ta opp alle barn med individuell rett til plass før de tar opp barn uten rett, vil prioritetsrekkefølgen i vedtektene være avgjørende ved tildeling av plass. Dette vil si at dersom en privat barnehage har vedtatt i sine vedtekter at søsken skal få tildelt plass før andre barn med rett etter bhl. § 12 a, kan søsken under ett år få plass i den private barnehagen. Dette kan føre til problemer for kommunene som har plikt til å tilby alle med individuell rett plass i barnehage etter bhl. § 12 a.

For det andre må det kalkuleres med en viss tilflytting til kommunen, for det tredje må brukernes ønsker og behov tas hensyn til og for det fjerde må kommunene ta hensyn til behovet for antall plasser til barn over og under tre år.²⁴ Ved å se på tidligere tall fra samordnet opptaksprosess vil kommunene få en viss oversikt over behovene.

Kommunens plikt har ved endringen gått fra å sørge for å ha et tilstrekkelig antall plasser til å nå sørge for at det antall barnehageplasser som er nødvendig for å dekke behovet som faktisk er tilstede for at det enkelte barn skal være sikret en rettmessig plass i barnehage.

²³ Forskrift om saksbehandling ved opptak i barnehage § 3.

²⁴ Kunnskapsdepartementet (2008) Brev 9.12.2008.

Plikten til å kunne tilby en plass er lovfestet til å gjelde innenfor kommunegrensene. Barnet skal ha en rett til å få barnehageplass i den kommunen det har bostedsadresse.

Departementet har lagt vekt på å presisere at det er den kommunen barnet er bosatt i som skal ha plikt til å tilby barnehageplass.²⁵ Dersom det ville vært kommunen der barnet var folkeregistrert ville dette ha uheldige konsekvenser for enkelte grupper.²⁶ Dette ville for eksempel gjelde studenter. Mange studenter ville ikke fått dekket sitt behov for å få plass i barnehage for sitt/sine barn i og med at det er meget vanlig at studenter er bosatt i en kommune, men folkeregistrert i sin opprinnelige bostedskommune grunnet tilskuddsordninger.²⁷

I kommunenes plikt til å tilby plass til alle med rett, ligger det at de skal kunne tilby en plass i det omfang som er ønsket av foreldrene.²⁸ Dersom en rettighetshaver søker heltidsplass har kommunen plikt til å etterkomme søkerens ønske. Har ikke kommunen en heltidsplass å tilby er kommunen pliktet til å opprette en slik plass innen rimelig tid. Kommunen kan da for en kort periode, mens heltidsplass opprettes, tilby deltidsplass.²⁹ Dette vil også gjelde andre veien. Dersom kommunen tilbyr heltidsplass til en som søker plass av lavere omfang har ikke kommunen oppfylt sin plikt.

At søker har krav på det omfanget de faktisk ønsker, vil ikke si at foreldrenes ønske om en spesiell barnehage må etterkommes av kommunen. Kommunens plikt er å kunne tilby en plass innenfor kommunens grenser. Det er viktig at kommunen kan tilby plasser som brukerne etterspør og har behov for. Kommunene skal så langt som mulig ta hensyn til foreldrenes ønsker om plass i en bestemt barnehage. Foreldrene har fri adgang til å søke om plass i kommunal-, privat- eller familiebarnehage eller barnehage med alternativt

²⁵ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 31.

²⁶ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 31.

²⁷ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 31.

²⁸ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 32.

²⁹ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 32.

pedagogisk innhold, og har rett på et tilbud tilpasset deres behov dersom det finnes.³⁰ Kommunen har derfor en fortsatt plikt til å kartlegge fremtidige behov for plasser, og tilpasse utbygningsmønsteret etter lokale behov, jf. bhl. § 8 (2) 2. punktum.

Departementet har ved lovfestningen av kommunens plikt til å tilby barnehageplass innen kommunegrensen ikke lagt noen sperre på et interkommunalt samarbeid om barnehage tilbud. Dersom reisetid fra hjem til barnehage ikke blir lenger og familiens totale kostnader ikke blir større, kan kommunene oppfylle retten til barnehageplass i en annen kommune enn den kommunen barnet har bostedsadresse.³¹ Det er den enkelte barnehages opptakskriterier som er avgjørende. Opptakskretsen kan omfatte barn både innenfor og utenfor kommunegrensen. Her skal det fra kommunens side igjen legges vekt på brukerens ønsker og behov, jf. bhl. § 12. Dersom en kommune for å dekke sin plikt til å tilby plasser, ”leier” plasser fra en nabokommune, har de som blir tilbud plass i nabokommunen rett til å klage på ikke å ha fått sin rett oppfylt. Klage blir behandlet nærmere nedenfor, se punkt 5.3.

2.2 Nye bhl. § 12 a

Når endringene i barnehageloven trådte i kraft 1. januar 2009 kom bhl. § 12 a inn som ny regel. Bhl. § 12 a lovfester retten til barnehageplass for barn under opplæringspliktig alder dersom de oppfyller visse vilkår loven setter. I Norge er dette nytt. Tidligere har det ikke vært noen lovbestemt rett til barnehageplass i Norge. Plass i barnehage har vært et gode for brukeren som kommunene har hatt en kollektiv plikt til å prøve å dekke etterspørselen for.

I Sverige har kommunene hatt plikt til å skaffe barn plass i barnehage eller familiedagshjem fra barnet er ett år siden 1995.³² Plikten for kommunene er hjemlet i skoleloven. Plikten skal oppfylles innen rimelig tid. Rimelig tid vil her si tre til fire måneder.³³ Plikten gjelder

³⁰ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 19.

³¹ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 19.

³² Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 16.

³³ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 16.

dersom foreldrene arbeider, studerer eller hvor barnet har særlig behov for plass i barnehage. De eldste barna, fire- og femåringene, skal ha et gratis tilbud på 525 timer i året³⁴, det vil si ca 2 dager i uken.

I Finland er kommunene pliktet til å tilby plass i barnehage til alle barn bosatt i kommunen fra barnet er 9 ½ måned, jf. barndagsvård § 12 a.³⁵ Retten til plass i barnehage trer i kraft ved endt foreldrepermisjon, og retten er ikke basert på om foreldrene er i arbeid eller ikke. Seksåringene har rett på gratis førskoletilbud 700 timer i året, det vil si 28 timer i uka. Finland har relativt få barn i barnehage, om lag 50 %.³⁶ Dette er allikevel full dekning i Finland. En av grunnene til at Finland har en relativ lav dekningsprosent vil kunne være at de har andre gode støtteordninger slik at foreldrene velger å ha barna sine andre steder enn i barnehage. I Finland gis kommunene en valgmulighet til enten å gi tilbud om plass i barnehage eller å gi økonomisk støtte for barn under tre år.³⁷ Det gis også økonomisk støtte til søsken under syv år som ikke benytter seg av et barnehagetilbud.³⁸

I Danmark er det ingen individuell rett på plass i barnehage. Kommunene i Danmark skal ha et tilstrekkelig antall barnehageplasser for å kunne dekke det behovet som melder seg.³⁹ Bestemmelsen ligger nært opp mot det som var kommunenes plikt i Norge før endringen av barnehageloven. Det er kommunene i Danmark som skal vurdere behovet for plasser, og barna skal ha like muligheter for å bli tatt opp i barnehage.⁴⁰ I motsetning til tidligere rett i Norge har Danmark en pasningsgaranti⁴¹. Dette gjør at kommunen skal kunne tilby barn plass i barnehage fra barnet er 26 uker dersom det er ønskelig. Kommunen har fire uker på å tilby en plass til barnet. Dersom garantien brytes må kommunen dekke bruttokostnadene

³⁴ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 16.

³⁵ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 16.

³⁶ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 17.

³⁷ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 17.

³⁸ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 17.

³⁹ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 17.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 17.

⁴¹ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 17.

til barnehageplass utenfor kommunen eller privat pass. Danmark hadde i 2006 en dekningsprosent på 94 %.⁴²

I Norge lyder bhl. § 12 a etter endringen ”barn som fyller ett år senest innen utgangen av august det året det søkes om barnehageplass, har etter søknad rett til å få plass i barnehage fra august i samsvar med denne lov med forskrifter”. Videre defineres retten ytterligere, ”barnet har rett til plass i barnehage i den kommunen der det er bosatt”.

Bhl. § 12 a må ses i sammenheng med § 8 (2) om kommunenes plikt til å tilby godkjente barnehageplasser.

Det er satt ytterlige vilkår til retten etter bhl. § 12 a, se punkt 2.2.2

2.2.1 Hva er en rettighet?

Hva man legger i begrepet rettighet kan variere ved forskjellig lovgivning, men den allmenne forståelsen er at det dreier seg om et privilegium for noen. Ordet rettighet er et flertydig begrep, og kan både omfatte sammensatte posisjoner og enkeltstående krav, kompetanser og friheter.⁴³

Rettigheter kan gis eksplisitt som en individuell rett slik det er i barnehagelovgivningen etter endringen, eller man kan gi bestemte bestemmelser etter standardkrav.⁴⁴ Slike krav som settes til noen trenger ikke å ha rettigheter knyttet til seg for individuelle personer. Dette var tilfelle før endringen av barnehageloven, der plikten til å ha nok barnehageplasser for kommunen ikke hadde noen korresponderende rettighet for brukerne av barnehagene.

Når man gjennom lov fastsetter bestemte rettigheter for individene skal dette bidra til å beskytte mot vilkårlighet og uforutsette endringer fra de som har den korresponderende plikten. I NOU 1995: 18 punkt 11.4 skal rettigheter ”i første rekke ivareta grunnleggende

⁴² Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s.17.

⁴³ Eckhoff (2006) s. 239.

⁴⁴ NOU 1995: 18 pkt. 7.1.

behov for individene og motvirke vilkårlig myndighetsutøvelse.” Barnehageloven gir nå individuell rett til plass i barnehage for de som oppfyller vilkårene satt av loven, se punkt 2.2.2. Slike rettigheter skal i tillegg til å beskytte mot vilkårlighet bidra til å sikre en likhet mellom sosiale grupper.⁴⁵ En plass i barnehage skal ikke være et gode for bestemte sosiale grupper. Det skal heller ikke avhenge av om foreldrene er i arbeid, er studenter, arbeidsløse eller hjemmeværende. Slike rettighetsreguleringer må ikke bli for detaljrike og omfattende, da de fort ikke får sin tilsiktede virkning ved at man blir for opptatt av regelverket og ikke av den enkelte som har rett på å bli ivaretatt.⁴⁶

I barnehageloven er kommunen pliktsubjekt. Slik det er nå har kommunens plikt en motsvarende rett. Denne rettigheten gir rettighetshaver krav på en bestemt ytelse fra kommunen. Får ikke rettighetssubjektet denne retten oppfylt kan rettighetshaver få sin rett fastslått av domstolen.

2.2.2 Hvem har rett?

Barnehageloven § 12 a fastsetter tre vilkår for hvem som skal ha en individuell rett på plass i barnehage.

Første vilkår etter bhl. § 12 a er at for å ha rett til plass i barnehage må barnet ha fylt ett år før 1. september det året det søkes om barnehageplass. Det vil si at alle barn som er ett år ved utgangen av august opptaksåret til og med barn opp til skolepliktig alder skal ha rett til å bli tilbudt plass i en barnehage fra kommunen. Retten skal oppfylles i det omfang de har behov for. Barn som ikke har fylt ett år ved utgangen av august det året det søkes om barnehageplass har dermed ingen lovbestemt individuell rett til plass i barnehage det opptaksåret.

Det andre vilkåret etter bhl. § 12 a er at det er søkt innen fristen for opptak som er gitt av kommunen der man har bosted. For de fleste kommuner er søknadsfristen på våren, med

⁴⁵ NOU 1995: 18 pkt. 7.1.

⁴⁶ NOU 1995: 18 pkt. 11.4.

opptak i august samme år.⁴⁷ Det er kun de som har fylt ett år innen utgangen av august eller er eldre og som har søkt om plass som har rett på plass i barnehage etter § 12 a. De som ikke har søkt innen fristen, men oppfyller første vilkår har derfor ingen rett til plass. ”Det er foreldrene selv som må beregne når retten inntreffer og påse å søke innen fristen for opptak...”⁴⁸ Har man ikke påsett å søke innen fristen, har man ingen rett på plass i barnehage.

Kommunen bør informere om søknadsfrister og prosedyrer, slik at det blir klart hvem som har rett på plass etter endringen av barnehageloven. Kommunene har ingen lovpålagt informasjonsplikt, men de har en alminnelig veiledningsplikt som følger av lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) 10. februar 1967 (heretter fvl.) § 11. Det enkelte forvaltningsorgan skal på sitt saksområde gi parter og andre interesserte veiledning slik at de på best mulig måte skal ivareta sine rettigheter i bestemte saker.⁴⁹ Den alminnelige veiledningsplikten er ikke en alminnelig opplysningsplikt, og det er bare de som tar kontakt med forvaltningsorganet som har krav på veiledning.⁵⁰ Det er vanlig at kommuner gir informasjon om søknadsfrister og prosedyrer ved søknad på sine nettsider og/eller i lokalaviser.

Det tredje vilkåret er at man har rett til plass i barnehage i den kommunen man er bosatt, jf. bhl. § 12 a (2).

I den videre fremstillingen vil jeg legge til grunn at når jeg bruker begrepet ”rett til plass i barnehage” vil dette være definert som en rett til plass i barnehage innenfor kommunen hvor man er bosatt, for barn som er ett år før utgangen av august, i det omfang barnet ønsker og at de har søkt innen fristen for opptak, jf. bhl. §§ 12 a og 8 (2).

⁴⁷ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 19.

⁴⁸ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 20.

⁴⁹ Forvaltningsloven § 11.

⁵⁰ Eckhoff (2006) s.182.

2.2.3 Hvilke rettigheter har rettighetshaver?

Barn med rett til barnehageplass etter bhl. § 12 a har rett på en plass i barnehage fra august det året det søkes om plass. At barna skal ha plass fra august betyr at kommunene må ha plasser til disposisjon for barnet i løpet av august, nærmere sagt en gang mellom 1. og 31. august.⁵¹ Fra tidligere rett gjør dette at kommunene må ha alle de nødvendige plassene for å dekke det reelle behovet klare allerede i august. Slik det har vært til nå, i henhold til definisjonen av full barnehagedekning⁵² gitt av departementet i 2008, var at søkerne skulle få plass i løpet av året.⁵³ Kommunene har dermed hatt lengre tid til å dekke behovet som har meldt seg ved hovedopptaket. Slik retten er lagt opp nå blir det en forutsigbarhet for foreldrene til barnet om at de har plass fra august.

Barnet har videre en rett på å få plass i den kommunen der det er bosatt. Barnet er bosatt der det har sin faste bostedsadresse, ikke nødvendigvis der det er folkeregistrert. Det er derfor ingen krav om folkeregistrering i den kommunen man har rett til barnehageplass.⁵⁴ Som sagt under punkt 2.1.2 har dette betydning for studenter som bor i en kommune, men som kanskje har folkeregistrert bosted i en annen kommune.

Barnehageloven § 12 a må ses i sammenheng med kommunens plikt til å tilby plass til barn bosatt i kommunen etter bhl. § 8 (2) 1. punktum. Dersom kommunen ikke har kapasitet til å skaffe plass innad i kommunen kan rettighetshaver klage over ikke å ha fått sin rett oppfylt av kommunen.

Ved innføringen av rett til plass i barnehage, har kommunens plikt etter bhl. § 8 (2) fått en korresponderende rettighet etter bhl. § 12 a. Dette fører til at hvert enkelt barn som fyller vilkårene etter bhl. § 12 a er gitt et rettskrav på å få plass i barnehage. Dersom dette

⁵¹ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 29 og 37 jf. brev 9.12.2008 pkt. 2.

⁵² Alle som har søkt om plass i barnehage innen fristen for hovedopptak skal få plass innen utgangen av året.

⁵³ Rapport for kunnskapsdepartementet (2008) ”Undersøkelse av full barnehagedekning ved utgangen av året”.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 31.

rettskravet ikke blir oppfylt fra kommunens side kan rettighetshaver (barnet og dets foreldre) enten klage på avgjørelsen ved forvaltningsklage etter reglene i forskrift om saksbehandling til opptak i barnehage, eller ta saken inn til domstolsbehandling.

Både klageadgangen og domstolsbehandling var en mulighet også før endringen, men før rett til plass i barnehage ble en lovbestemt rett var domstolsbehandling lite hensiktsmessig ettersom man må ha et rettskrav for å kunne gå til sak. Se nærmere om klage og domstolsbehandling i punkt 5.3.

Gjennom forskrift om saksbehandling ved opptak i barnehage har søkeren flere rettigheter i tilknytning til opptak i barnehage.

Når barnet søker om plass i barnehage innen fristen for opptak, kommer søknaden med i dette hovedopptaket. Kommunene står fritt til å ha flere eller supplerende opptak, men de skal ha minimum et opptak i året etter bhl. § 12 a (3).⁵⁵ Jeg definerer hovedopptak til å være det lovbestemte opptaket som for de fleste kommuner blir lagt til høsten. Alle søkere har ved hovedopptak rett til å få skriftlig varsel om de er tildelt plass i barnehage og eventuelt i hvilken barnehage de har fått tildelt plass.⁵⁶ Forskrift om saksbehandlingsregler ved opptak i barnehage § 3 omfatter alle søkere som kommer inn under hovedopptaket. Dette betyr at både barn med og uten rett til plass i barnehage dette opptaksåret som har søkt innen fristen for opptak skal ha et varsel om de har fått eller ikke fått barnehageplass.

Etter hovedopptaket har de fleste kommuner ved ledige plasser supplerende opptak gjennom hele året. Ved tildeling av plass i barnehage ved supplerende opptak er det kun den som får plass som skal underrettes. Unntaket fra dette er dersom kommunen har barn på søkeliste som har lovfestet rett til prioritet, se punkt 4. Barn med prioritet etter bhl. § 13 skal underrettes skriftlig dersom en ledig plass i en barnehage der barnet med prioritet står

⁵⁵ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 37.

⁵⁶ Forskrift om saksbehandlingsregler ved opptak i barnehage § 3.

på søkeliste går til et annet barn, jf. forskrift om saksbehandlingsregler ved opptak i barnehage § 3 (3).

Dersom barnet ikke får plass i den barnehagen det hadde som første ønske på sin søknad om barnehageplass, har barnet rett til å stå på søkeliste i denne barnehagen.⁵⁷ Det å stå på søkeliste, vil si at man er med i supplerende opptak i den ønskede barnehagen dersom denne barnehagen får en ledig plass i løpet av året. Det er barn som står på søkeliste som først skal tilbys plass ved supplerende opptak, jf. forskrift om saksbehandlingsregler ved opptak i barnehage § 3 (3).

De søkerne som ikke blir tilbudt plass i barnehage eller ikke får sitt første eller andre ønske oppfylt ved hovedopptaket har rett på etterfølgende begrunnelse for det vedtaket som er gjort, jf. forskrift om saksbehandlingsregler ved opptak i barnehage § 4. Kommunen skal da gi en begrunnelse om hvorfor barnet ikke har fått første eller andre ønske sitt oppfylt eller hvorfor de ikke fikk plass overhodet. Begrunnelsen skal gis skriftlig⁵⁸, og den skal være konkret.⁵⁹ Det kan gis opplysninger om antall søkere, antall søkere med prioritet og aldersfordeling på barn. I begrunnelsen må det tas hensyn til fvl. § 13 om taushetsplikt. Ved supplerende opptak er det kun barn med rett til prioritet etter bhl. § 13 som kan kreve begrunnelse for at de ikke har fått tildelt første ledige plass.

Videre har de som søker om opptak i barnehage rett til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter. Det kan være vanskelig å foreta en avveining om behovet for innsyn for både jurister og ikke-jurister. Departementet har i forskrift om saksbehandlingsregler ved opptak i barnehage § 5 (2) bestemt at dersom en som klager eller vurderer å klage ønsker innsyn i andre søkeres dokumenter, er det kun opplysninger som ikke er underlagt taushetsplikt etter fvl. § 13 (2) man kan få innsyn i.⁶⁰ Det vil si at det ikke kan gis innsyn i opplysninger om

⁵⁷ Forskrift om saksbehandlingsregler ved opptak i barnehage § 3.

⁵⁸ Forskrift om saksbehandlingsregler ved opptak i barnehage § 4.

⁵⁹ Rundskriv F-08/2006 s. 70.

⁶⁰ Rundskriv F-08/2006 s. 70.

”noens personlige forhold”, herunder opplysninger om boligforhold, økonomi, familieforhold og fysisk og psykisk helse.⁶¹

Ellers gjelder fvl. §§ 18, 19, 20 og 21 ved innsyn.⁶² Hovedreglen om innsyn finnes i fvl. § 18 (1), og gir en part rett til innsyn i sakens dokumenter dersom ikke annet følger i paragrafen eller av fvl. § 19. En part er definert som en person avgjørelsen ”retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder”⁶³. Fvl. § 19 innskrenker partens rett til innsyn. Etter fvl. § 19 (2) har parten ikke rett på innsyn i dokumenter som inneholder opplysninger om ”en annen persons helseforhold” eller ”andre forhold” som ikke bør meddeles videre med mindre det har vesentlig betydning for en part å få kjennskap til disse opplysningene. I søknad om barnehage er det i noen tilfeller nødvendig å opplyse om barnets eller foreldrenes helseforhold eller andre forhold av betydning for å få barnehageplass. For å opprettholde søkerens behov for personvern vil partsinnsyn i opptaksdokumenter ved opptak i barnehage være urimelig. Departementet har sett ”det som særlig viktig å skjerme opplysninger om personlige forhold”⁶⁴. Det fremgår av Rundskriv F-08/2006 at justisdepartementet tidligere har konkludert med at man i stor grad ikke har partsinnsynsrett i sakens dokumenter når det kommer til opplysninger gitt av søker om barnets eller foreldrenes sosiale eller helsemessige problemer.⁶⁵ Departementet har derfor konkludert med at opplysninger av sosial- eller helsemessige problemer som oppgis i søknad om barnehageplass må kunne unntas partsinnsyn etter fvl. § 19 (2) bokstav a og b.⁶⁶

2.2.4 Kommunenes plikt etter bhl. § 12 a

I bhl. § 12 a (3) er det slått fast at kommunen har en plikt til å ha minimum ett opptak til barnehager i året. Dette opptaket legger grunnlaget for hvem som skal ha en rett etter andre

⁶¹ Forvaltningsloven § 13 jf. forskrift om saksbehandlingsregler ved opptak i barnehage § 5 (2).

⁶² Forskrift om saksbehandlingsregler ved opptak i barnehage § 5.

⁶³ Forvaltningsloven § 2 (1) e.

⁶⁴ Rundskriv F-08/2006 s. 70 og 71.

⁶⁵ Rundskriv F-08/2006 s. 70.

⁶⁶ Rundskriv F-08/2006 s. 70.

vilkår i første ledd om at man må ha søkt innen fristen for opptak. Det er kun de barna som søker innen søknadsfrist for opptak som er dekket av lovens individuelle rett.

At kommunene skal ha ett opptak i året er kun en minimumsforpliktelse.⁶⁷ Departementet ønsker med dette ikke å hindre kommunene i å ha flere opptak eller løpende opptak gjennom året. Har kommunene kapasitet, ønskes det fra departementet at de skal øke ambisjonsnivået utover plikten.⁶⁸

2.3 Behovet for endring

Individuell rett til plass i barnehage er en av regjeringens store mål, men kan det være at retten kan virke bedre enn den faktisk er? Hvilke behov hadde man for en endring fra kommunenes kollektive plikt til å ha tilstrekkelig antall barnehageplasser i 2008 til en kollektiv plikt til å kunne tilby barnehageplasser i 2009?

2.3.1 Plass til alle uten endring?

Tidligere bhl. § 8 (2) om kommunens plikt var første trinn i en trinnvis opparbeiding til å kunne innføre en rett til plass i barnehage. Departementet ville ved innføringen av en slik plikt ikke innføre en individuell rett til barnehageplass før full behovsdekning var oppnådd.⁶⁹ I 2008 ble regjeringens mål om full barnehagedekning per definisjon av 2008, ”alle som har søkt om barnehageplass innen fristen for hovedopptaket på våren skal få tilbud om plass innen utgangen av året”, så å si oppfylt.

Det var i utgangen av 2008 kun 38 av 430 kommuner⁷⁰ som ikke hadde full barnehagedekning. Ut fra dette kan det se ut til at departementet har ventet med å innføre rett til plass i barnehage til de kunne være sikre på at retten kunne bli oppfylt av nær sagt alle Norges kommuner.

⁶⁷ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 29.

⁶⁸ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 29.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 72 (2004–2005) s. 51.

⁷⁰ Rapport for kunnskapsdepartementet (2008) ”Undersøkelse av full barnehagedekning ved utgangen av året”.

Det kan se ut til at lovfestingen av en individuell rett til plass i barnehage ikke var nødvendig for at barn i de fleste norske kommuner skulle få plass i barnehage. Derimot har lovfestingen gitt barn en rett til et gode de tidligere måtte ”kjempe” om å få. Plassene var der allerede gjennom en årelang prosess for å oppnå full barnehagedekning, og ved å sette en grense ved at barn skal ha fylt ett år ved utgangen av august for å ha rett på plass er rettighetshaverne til plassen snevret litt inn. Det at målgruppen er snevret inn, det vil si at barn som fyller ett år etter 31. august ikke er med i definisjonen av full barnehagedekning, vil også medvirke til at kommunene vil ha sjanse til å nå full barnehagedekning i august 2009.

2.4 Barn uten individuell rett

Den tidligere plikten til kommunene ga ingen rett til plass i barnehage. Imidlertid var det noen barn med rett til prioritet etter bhl. § 13. ”Kommunen har ansvaret for at barn med rett til prioritet får plass i barnehage”, jf. bhl. § 13 (3). Alle barn hadde lik mulighet til å få en av de tilgjengelige plassene kommunen hadde til disposisjon.

Etter lovendringen har tre grupper barn særlig skilt seg ut. Dette er grupper som ikke kan sies å ha individuell rett til plass i barnehage etter bhl. § 12 a.

2.4.1 Barn som fyller ett år etter 31. august

Ved at departementet har satt vilkår i bhl. § 12 a om alder vil en gruppe barn falle utenom individuell rett til plass i barnehage. Dette vil gjelde alle barn som fyller ett år etter 31. august i opptaksåret.

Ved første øyekast kan gruppen som faller innunder denne gruppen være liten, men dersom man ser nærmere på hvilke barn som faktisk er under ett år i utgangen av august er dette en større gruppe enn først antatt. Dette vil gjelde barn som fyller ett år fra september i opptaksåret til juni året etter opptaksåret.

Det er ingen tvil om at det for mange foreldre kan virke urettferdig og uholdbart at deres barn som blir ett år i september i opptaksåret ikke har rett på plass i barnehage, men det er like urettferdig for de som har barn som er ett år fra januar til april eller mai. Det må påpekes at barn som blir ett år i mai eller juni får kortere ventetid enn de som er født i september, men konsekvensen av ikke å få barnehageplass kan for mange få store konsekvenser uansett. Disse foreldrene blir avhengig av at bostedskommunen har kapasitet til å ta inn barn uten rett.

For foreldregruppen som har barn som fyller ett år i januar eller senere vil behovet for barnehageplass som regel ikke melde seg før ved endt foreldrepermisjon. Dette vil for mange foreldre være når barnet nærmer seg ett år, det vil si fra januar og senere. Dersom de får plass selv om de ikke har rett, kan de risikere å ha plass fra og med august i opptaksåret. De må da enten takke ja, betale for plassen og eventuelt ikke bruke den eller takke nei og dermed miste plassen sin.

For barn som faller innunder denne gruppen vil hensikten med å søke ikke bare være å få barnehageplass. Ved å søke ved hovedopptaket blir man ført opp på søkerliste, og når man står på søkeliste skal man vurderes i suppleringsopptak.⁷¹

2.4.2 Barn som flytter til kommunen etter søknadsfrist

Det vanligste for kommunene i dag er at de har ett hovedopptak. Dette legges til august, med søknadsfrist en gang på våren. For å ha en individuell rett på plass i barnehage må man søke innen denne fristen, jf. bhl. § 12 a. Det er ingen krav om at man må bo i kommunen ved søknadsfristen for å skulle ha rett til plass i barnehage ved barnehageoppstart. Opplyser man i søknaden om at man planlegger å flytte til kommunen før barnehagestart vil man ha rett til plass i den nye bostedskommunen. Dersom barnet flytter til en ny kommune etter tidspunktet for oppstart i barnehage eller ikke har fått søkt innen fristen, har man ingen rett på barnehageplass, uansett om man er over ett år ved

⁷¹ Forskrift om saksbehandlingsregler ved opptak i barnehage § 3 (2) og (3)

utgangen av august. Disse barna skal da etter søknad tilbys plass ved neste opptak.⁷²

Kommunene er ikke lovpålagt å ha mer enn ett opptak i året, jf. bhl. § 12 a (3). Barn som kommer tilflyttende til kommunen kan dermed stå uten barnehageplass frem til neste års opptak. Dersom kommunen har kapasitet vil barnet kunne tilbys plass tidligere.

2.4.3 Barn i asylmottak

Ved at det i bhl. § 12 a (2) gis barnet en rett til barnehageplass i den kommunen det er bosatt, er det en gruppe barn som faller utenfor retten til plass i barnehage; asylsøkerbarn bosatt på mottak. Asylsøkere har tilbud om mottaksplass fra man er registrert som asylsøker til man blir bosatt i en kommune eller får vedtak om avslag på asylsøknaden.⁷³ Asylsøkere som bor i mottak anses ikke som innbygger i kommunen så lenge det ikke er fattet vedtak om bosetting. Konsekvensen av dette er at de ikke anses bosatt slik bhl. § 8 (2) stiller krav om at kommunen skal være pliktig til å gi plass i barnehage. Barn i asylmottak har dermed ingen lovbestemt rett på barnehageplass.

Når oppholdstillatelse blir gitt, starter forberedelser til å fatte vedtak om bosetning.⁷⁴ Det er ikke nødvendigvis slik at barnet får bosted innenfor den kommunen mottaket ligger. Det kan i tillegg ta tid fra vedtaket ble fattet til bosetningen faktisk skjer. I mellomtiden bor barnet på mottak i en kommune der det ikke nødvendigvis er ansett som bosatt grunnet vedtak om bosetning et annet sted i regionen mottaket ligger. Kommunen der mottaket ligger har ingen plikt til å tilby barnet plass i barnehage. Dette kan være en meget uheldig konsekvens av loven, ettersom barn i asylmottak er i en sårbar situasjon. Mange av barna får opphold i Norge, og har behov for å lære språk og ha samvær med andre barn i et trygt og pedagogisk miljø.

⁷² Kunnskapsdepartementet (2008) Brev 9.12.2008.

⁷³ Arbeids- og inkluderingsdepartementet.(2009) Botilbud for asylsøkere.

⁷⁴ IMDi (2009) Bosetting.

Inkluderings- og mangfoldsdirektoratet(IMDi) får penger over statsbudsjett for å kjøpe barnehageplasser av kommunene for å få inn asylsøkerbarn⁷⁵. Etter lovendringen vil kommunene ha plikt til å tilby alle barn med rett etter bhl. § 12 a jf. § 8 (2), dette vil kanskje gjøre det vanskelig for IMDi å få kjøpt plasser av kommuner som har få plasser allerede.

⁷⁵ Moss kommune ved Dahl, leder av Moss VOKS. (2009)

3 Rettighets- og pliktbegrepet i lov om grunnskolen og den videregående opplæringa sett i forhold til barnehageloven

Skole- og barnehagesektoren har nå blitt mer og mer i samsvar med hverandre når det kommer til å se sammenhengen mellom barnehage og skole. I Norge har man tidligere sett en tendens til at det har vært større vektlegging på skolesektoren enn barnehagesektoren. Norge fikk sin første skolelov i 1739⁷⁶, og etter dette har man hatt en rekke lover som fastsetter opplæringsplikt i Norge. En plikt til skolegang har dermed vært lovpålagt i mer enn 250 år.

Jeg ønsker ved å trekke inn skolelovgivningen i oppgaven å sammenligne plikt- og rettighetsbegrepene i de to lovene. Jeg vil med dette se på forskjellene som er mellom skole og barnehage når det kommer til å ha rett og det å ha en plikt.

Norge er bundet til en rekke folkerettslige forpliktelser som fastslår en rett til undervisning for alle. Menneskerettserklæringen fra 1948 er ikke direkte bindende for Norge, men art. 26 anbefaler alle stater å kunne gi alle en rett til gratis grunnleggende utdanning.⁷⁷ Gjennom lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) 21. mai 1999 nr. 30 har Norge ratifisert FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter 16. desember 1966 (heretter ØSK) til gjeldende norsk lov. ØSK gir en mer bindende form på utdanningskravet. I art. 13 (2) er Norge bundet til å virkeliggjøre retten til utdanning ved at det fastslås at ”grunnskoleundervisningen skal være tvungen og kostnadsfritt tilgjengelig for alle”.

⁷⁶ NOU 1995: 18 pkt. 18.2.1.

⁷⁷ NOU 1995: 18 pkt. 18.2.1.

3.1 Plikt og rett til å gå på skole

Lov om grunnskolen og den videregående opplæringa av 17. juli 1998 nr. 61 (heretter opplæringsloven) fastsetter en plikt for barn å gå på skole fra de er 6 år til og med det 10. skoleåret.⁷⁸ Plikten kan overholdes gjennom et offentlig grunnskoletilbud eller et annet tilsvarende tilbud, for eksempel gjennom privatskole. Alle barn som skal oppholde seg i Norge i mer enn tre måneder, har plikt til å gå på skole fra og med oppholdet har vart i tre måneder, men de har rett til å starte på skolen før dersom oppholdet er ment å vare mer enn tre måneder.⁷⁹ Opplæringsplikten stiller ingen krav til statsborgerskap i Norge.

3.2 Hvilke forskjeller er det mellom barnehageloven og opplæringsloven?

I barnehageloven er det gitt en lovfestet plikt for kommunen om å kunne tilby plass i barnehage til alle med individuell rett etter bhl. § 12 a. Det er kun de som fyller vilkårene gitt av barnehageloven som har denne rettigheten til å motta et slikt tilbud fra kommunen. Retten er individuell, men kan ikke fås uten aktiv deltakelse av foreldre gjennom søknad. Man kan si at retten er betinget av foreldrenes søknad og at alle vilkår i loven oppfylles. Kommunen er i barnehageloven pliktsubjekt, mens barnet og dets foreldre er rettighetssubjekt. I skolen er det en plikt og en rett for barnet å skulle gå på skole. Foreldrene har plikt til å tilse at barnet begynner på skole det kalenderåret barnet fyller seks år, dersom det ikke ved søknad gis utsatt skolestart etter opplæringsloven § 2-1 (3). Man kan si at retten er ubetinget; det er ikke krav om søknad for å begynne på skole og det stilles ingen andre vilkår enn at barnet er kommet i skolepliktig alder. Innholdet i retten til skole samsvarer med plikten til skole. Man har rett til grunnskole fra året man fyller seks år til man er ferdig med det 10. skoleåret. Retten inntreffer når det er sannsynlig at barnet skal oppholde seg i Norge i mer enn tre måneder.⁸⁰ Asylsøkerbarn på mottak har rett til

⁷⁸ Opplæringsloven § 2-1.

⁷⁹ Opplæringsloven § 2-1 (2).

⁸⁰ NOU 1995: 18 pkt. 37.5.3.

grunnskoleutdanning når det er sannsynlig at svar på søknad om asyl vil ta mer enn tre måneder eller at det er sannsynlig at innvilgelse av søknad vil bli gitt.⁸¹

Kommunen har plikt til å tilby elevene en skoleplass i den kommunen der de er bosatt.⁸² Kommunen har videre en plikt til å kunne gi et tiårig undervisningstilbud av den kvalitet som oppstilles i opplæringsloven og dens forskrifter.

De største forskjellene mellom plikt- og rettighetsbegrepene i barnehageloven og opplæringsloven er at det i opplæringsloven er flere pliktsubjekter. Med dette mener jeg at det ikke bare er kommunen som har plikt etter opplæringsloven, men også barnet og dets foreldre har plikter som må oppfylles. Plikten for kommunen retter seg i hovedsak mot barnet som rettighetssubjekt. Barnet har rett på gratis grunnskole, og det er kommunen som må sørge for at alle barn som bor innenfor kommunen får dette tilbudet.

Det at man både har rett og plikt til å gå på skole gjør at begrepene i opplæringsloven skli over i hverandre. En kan ikke velge selv om man har en rett ettersom retten også er en plikt. Barnehage er et valgfritt alternativ for foreldrene. Dersom de ikke ønsker plass i barnehage er de ikke pliktet til å ha barnet i en slik omsorgsinstitusjon. Gjennom lov er skole tvang, mens barnehage er et frivillig gode.

3.3 Konsekvenser av brudd på plikten

Retten til grunnskoleutdanning er en individuell rett, og kommunen kan ikke lovlig avslå denne retten med den begrunnelse av at de ikke har ressurser til å tilby opplæring til den enkelte rettighetshaver.⁸³ Dersom kommunen ikke tilbyr grunnskoleplass i henhold til opplæringsloven vil dette føre til at kommunen kan bli erstatningsansvarlig for det tap som eventuelt vil forekomme ved manglende grunnskoleutdanning for vedkommende.⁸⁴ Dersom

⁸¹ NOU 1995: 18 pkt. 37.5.3.

⁸² Opplæringsloven § 13-1.

⁸³ NOU 1995: 18 pkt. 19.3.2.2.

⁸⁴ NOU 1995: 18 pkt. 18.3.1.

kommunene ikke kan tilby barnehageplass til de med rett, kan også her kommunen bli erstatningsansvarlig. Ikke fordi barnet har mistet utdanning, men gjerne på det grunnlag av at foreldrene har måttet ut med kostnader til et annet omsorgsalternativ for barnet mens de er på arbeid eller at de har måtte ta ut ulønnet permisjon fordi de ikke har fått tilbudt sin lovbestemte individuelle rett til plass i barnehage.

En annen forskjell mellom barnehageloven og opplæringsloven er at i opplæringsloven er det ikke bare kommunen som er pliktsubjekt. Ved at elevene har plikt til å gå på skolen og foreldrene har plikt til å sende barna på skolen, vil det medføre sanksjoner om plikten ikke blir overholdt. I opplæringsloven § 2-2 kan foreldrene bli straffet med bøter dersom barnet ikke kommer på skolen og fraværet ikke er grunnet med sykdom eller forhold utenfor deres kontroll.

I barnehageloven er det kun kommunen som kan bli utsatt for sanksjoner dersom den ikke oppfyller plikten til å kunne tilby plass i barnehage til de med rett. Barnet og foreldrene har ingen sanksjoner for ikke å sende barnet i barnehage. Barnehage er som sagt et frivillig tilbud.

4 Prioritet ved opptak til barnehage bhl. § 13

Det er to grupper barn som etter loven skal ha prioritet ved opptak i barnehage. Etter bhl. § 13 (1) skal barn med nedsatt funksjonsevne ha prioritet, og etter andre ledd skal barn det er fattet vedtak om etter lov om barnevernstjenester (barnevernsloven) 17. juli 1992 nr. 100 (heretter bvl.) §§ 4-12 og 4-4 (2) og (4) ha prioritet.

Prioritetsretten ble innført i 1975.⁸⁵ Bestemmelsen ble innført som en særrett for barn med spesielle behov for et tilbud om barnehageplass. I 2006 ble bestemmelsen utvidet ytterligere ved at den også skulle omfatte barn det er fattet vedtak om etter barnevernsloven.

Prioritetsretten skal hindre at barn med en nedsatt funksjonsevne skal bli hemmet i sin utvikling. Prioritetsretten skal også gi barn det er fattet vedtak om etter bvl. §§ 4-4 og 4-12 et tilbud i barnehage som medfører at de får den omsorg og stimulans de trenger.⁸⁶ I Ot.prp. nr. 72 (2004–2005) gis det en oppramsing av hva som kan anses som funksjonsnedsettelse. Typisk kan være utviklingshemming, sansemessige skader, svak helse eller adferdsvansker. Det er imidlertid viktig å påpeke at ikke enhver form for funksjonsnedsettelse gir rett på prioritet etter bhl. § 13. Nedsettelsen må vurderes individuelt, og ved vurderingen skal det tas hensyn til om funksjonsnedsettelsen gir dette barnet et større behov for tilbud i barnehage enn funksjonsfriske barn.

Prioritet ved opptak gir ingen rett til barnehageplass, prioritetsretten innebærer kun at barnet går foran andre søkere.⁸⁷ Prioritetsretten gir ikke søkeren noen rett i en spesiell barnehage,

⁸⁵ Ot.prp. nr. 72 (2004–2005) s. 74.

⁸⁶ Ot.prp. nr. 72 (2004–2005) s. 74-76.

⁸⁷ Ot.prp. nr. 72 (2004–2005) s. 74.

men søkeren har rett til prioritet i en barnehage dersom barnet er innenfor barnehagens opptakskrets.⁸⁸ Opptakskrets skal defineres i den enkelte barnhages vedtekter, jf. bhl. § 7 (4). I kommunale barnehager er opptakskrets som regel definert til å være hele kommunen eller den bydelen barnehagen ligger i, mens private barnehager kan operere med andre og mer spesifikke opptakskretser. Kommunene gis en viss rett til å vurdere hvilken barnehage som egner seg for barnet basert på økonomiske og praktiske hensyn.⁸⁹ Dette begrunnes med at barn med nedsatt funksjonsevne kan kreve ekstra ressurser ved for eksempel ombygging. Verken kommunale eller private barnehager kan fastsette i sine vedtekter at de ikke tar opp barn med rett til prioritet etter bhl. § 13.⁹⁰

Ved innføringen av rett til plass i barnehage ble det besluttet å la bhl. § 13 stå uendret.⁹¹

4.1 Barn med nedsatt funksjonsevne

Etter første ledd i bhl. § 13 har barn med nedsatt funksjonsevne rett til prioritet ved opptak til barnehage. Det antas at disse barna har et særskilt behov for barnehagetilbud.

Funksjonsnedsettelse er et begrep som omfatter ulike typer fysiske funksjonsnedsettelse som bl.a. språk- og talevansker og psykiske lidelser.

For å fastslå om barnet har en nedsatt funksjonsevne skal det foretas en sakkyndig vurdering av barnet. Departementet definerer sakkyndig instans til å være ”de faglige instanser og personer som har hatt med barnet å gjøre fra det ble født eller fra det tidspunkt funksjonsnedsettelsen ble oppdaget/diagnostisert.”⁹² Ut fra dette kan den sakkyndige være en person fra helsestasjonen, barnets lege eller PP-tjenesten. Dersom den sakkyndige kommer frem til at barnets nedsatte funksjonsevne er av en slik karakter at behovet for

⁸⁸ Rundskriv F-08/2006 s. 45.

⁸⁹ Kunnskapsdepartementet (2008) Brev 9.12.2008.

⁹⁰ Barnehageloven § 7 jf. § 13. Se også Kunnskapsdepartementet (2008) Brev 9.12.2008 pkt. 3.3.

⁹¹ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 34.

⁹² Ot.prp. nr. 72 (2004–2005) s. 78.

tilbud i barnehage er større enn andre barns utløses fortrinnsretten, og barnet skal ha prioritet ved opptak.

4.2 Barn det er fattet vedtak om etter bvl. §§ 4-12 og 4-4 (2) og (4)

Ved å gi prioritet til barn med vedtak etter bvl. §§ 4-12 om omsorgsoverdragelse og 4-4 (2) og (4) om frivillig hjelpetiltak ønsket departementet å gi disse barna et særlig tilbud om plass i barnehage med hensyn til at dette er særlig viktig for deres utvikling.⁹³

Etter bvl. § 4-12 kan man fatte vedtak om omsorgsoverdragelse for barn dersom det bl.a. er mangler i den daglige omsorgen av barnet, mangler i den trygghet et barn trenger for sin alder, dersom et barn ikke får dekket sine behov for behandling eller barnet blir mishandlet i hjemmet. Et barn med et slikt vedtak har et behov for trygghet og forutsigbarhet, og bhl. § 13 skal være med på å fange opp barn i en slik vanskelig livssituasjon. Bvl. § 4-4 (2) og (4) skal gi familien og barnet et hjelpetiltak, som for eksempel plass i barnehage, dersom forholdene i hjemmet eller andre grunner gir barnet et særskilt behov for et slikt tilbud. Har det blitt fattet vedtak om barnet etter bvl. §§ 4-12 eller 4-4, vil prioritetsretten gi barnet fortrinnsrett overfor andre søkere, men ikke en rett på barnehageplass.

Dersom det oppstår en interessekonflikt mellom flere barn med nedsatt funksjonsevne og/eller barn det er fattet vedtak om etter bvl. §§ 4-12 og 4-4 må det foretas en individuell skjønnsmessig vurdering av hvilket barn som skal ha forrang. Dette er fordi loven ikke regulerer en innbyrdes prioritetsrekkefølge mellom de grupper av barn som er gitt prioritet ved opptak etter bhl. § 13. Barn med prioritetsrett har kun fortrinnsrett dersom det tilhører barnehagens opptakskrets.

4.3 Rett til prioritet, rett til plass i barnehage?

Ved innføring av rett til plass i barnehage etter bhl. § 12 a har alle barn som fyller vilkårene i bhl. § 12 a en rett til plass i barnehage. Etter bhl. § 13 er det ikke et nedre aldersvilkår til hvem som skal ha prioritet ved opptak i barnehage. Departementet viderefører denne retten

⁹³ Ot.prp. nr. 72 (2004–2005) s. 76.

til prioritet uten nedre aldersgrense.⁹⁴ Hvordan skal kommunene forholde seg til prioritetsretten i bhl. § 13 og opptakskriteriet i bhl. § 12 a om å søke innen fristen for opptak?

Det er i utgangspunktet klart at alle barn som kommer inn under bhl. § 13 skal ha en rett til å bli prioritet foran andre søkere til plass i barnehage. Dette gjelder uansett alder på barnet som skal ha prioritet. Dersom barnet fyller ett år etter utgangen av august vil det fortsatt ha prioritetsrett. Spørsmålet blir om barn med fortrinnsrett til barnehageplass må søke innen fristen for opptak etter bhl. § 12 a for og i det hele tatt å ha rett på plass?

Slik det ble praktisert før endringen av loven, trengte ikke barn med prioritet å søke innen fristen for opptak. Dersom det kom inn en søknad om plass i barnehage, og søkeren hadde rett til å bli prioritert etter bhl. § 13, fikk denne søkeren første ledige plass i en barnehage der barnet tilhørte barnehagens opptakskrets, uavhengig om det var søkt innen fristen for opptak.⁹⁵ Dette fordi det i bhl. § 13 ikke står noe om at man må ha søkt innen en viss frist for å ha rett til å bli prioritet ved opptak. Det er og var kommunens ansvar at barn med rett til prioritet får plass i barnehage.⁹⁶

I Rundskriv F-08/2006 s. 45, merknadene til barnehageloven står det: ”Fortrinnsretten innebærer at man går foran andre søkere”. Dette vil si at man må søke om å få plass selv om man har prioritet, men den sier ikke noe om når søknaden må ha kommet inn. Det er ikke et vilkår at det må være søkt om plass innen en gitt frist for å ha rett til prioritet. Departementet har uttalt, som sagt ovenfor, at bhl. § 13 videreføres uendret.

Er det da slik at retten til prioritet skal uansett om man har søkt innen fristen eller ikke? Vil barn med fortrinnsrett komme foran barn med rett til barnehageplass etter vilkårene i bhl. § 12 a selv om de har søkt etter fristen?

⁹⁴ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 34.

⁹⁵ Moss kommune ved Eva Christiansen. (2009)

⁹⁶ Barnehageloven § 13 (3).

Det er to krav for å få prioritet ved opptak i barnehage. For det første må det være en sakkyndig vurdering eller vedtak i henhold til bhl. § 13, og for det andre må det søkes om barnehageplass. For at barnet skal ha fortrinnsrett må barnet tilhøre barnehagens opptakskrets.

Kommunene har plikt etter bhl. § 8 (2) til å kunne tilby plasser til alle som bor innen kommunen og har søkt om plass i barnehage innen fristen for opptak. Dette gjelder uansett om barnet skal ha plass etter bhl. § 13 eller etter bhl. § 12 a. Har søkeren med prioritet etter bhl. § 13 søkt innen fristen, er ett år innen utgangen av august året det søkes om opptak og bor innen kommunen, har barnet rett i henhold til bhl. § 12 a. I dette tilfelle vil prioritetsretten kun spille en rolle der er flere søkere som ønsker plass i samme barnehage.⁹⁷

Dersom barnet ikke fyller ett år før etter utgangen av august det året det er søkt om opptak, vil barnet, dersom det har rett til prioritet etter bhl. § 13, ha fortrinnsrett til plass i barnehage grunnet unntaket fra nedre aldersgrense⁹⁸ i bhl. § 13.⁹⁹ De vil gå foran andre barn med rett til barnehageplass etter bhl. § 12 a dersom de ønsker plass i samme barnehage.¹⁰⁰

Dersom barnet med rett til prioritet søker etter fristen for opptak, skal barnet ha plass foran andre barn som har søkt innen fristen av hovedopptak. Ved søknad etter hovedopptak vil barnet komme inn under kommunenes supplerende opptak og de skal da ha første ledige plass i en barnehage der barnet er en del av barnehagens opptakskrets.

Etter bvl. § 4-4 (2) skal plass i barnehage være et frivillig hjelpetiltak barnevernstjenesten kan avhjelpe familier som har særlig behov for det. Det er familien selv som skal søke plass

⁹⁷ Kunnskapsdepartementet (2008) Brev 9.12.2008.

⁹⁸ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 34.

⁹⁹ Kunnskapsdepartementet (2008) Brev 9.12.2008 pkt. 3.2.

¹⁰⁰ Kunnskapsdepartementet (2008) Brev 9.12.2008 pkt. 3.2.

i barnehage, men de skal ha prioritet ved opptak. Etter bvl. § 4-4 (4) kan fylkesnemnda beslutte tiltak om opphold i barnehage ved pålegg til foreldrene. Dersom foreldrene da ikke søker om opptak i barnehage etter første alternativ i fjerde ledd, må barnevernet sørge for søknad til opptak i barnehage. Det ville vært urimelig om et barn med et vedtak etter bvl. §§ 4-4 eller 4-12 fattet i for eksempel juni, ikke skulle få plass i barnehage i august fordi søknadsfristen for rett til plass i barnehage var gått ut allerede for eksempel 1. mars. De kunne måtte vente på et hjelpetiltak i over ett år, noe som ikke ville virke som et hjelpetiltak for familien.

Etter dette vil det være klart at barn med prioritet etter bhl. § 13 ikke trenger å ha søkt innen fristen for opptak for å få plass i barnehage. Disse barna skal bli prioritert foran andre søkere uavhengig av når de har søkt grunnet sin nedsatte funksjonsevne eller grunnet det vedtaket som er gjort av barnevernet etter barnevernsloven.

4.4 Behovet for bhl. § 13 etter innføringen av rett til barnehageplass

Departementet har selv uttalt seg om behovet for å beholde rett til prioritet etter bhl. § 13 i en fullt utbygd sektor i Ot.prp. nr. 72 (2004–2005). Ved innføringen av individuell plass i barnehage vil i prinsippet alle med behov og ønske om barnehageplass få plass i en barnehage innenfor kommunen. Dette vil også gjelde barn med nedsatt funksjonsevne og barn det er fattet vedtak om etter barnevernsloven. Ved å fastholde retten til prioritet uavhengig av endringen i barnehageloven om rett til plass i barnehage, vil ordningen med prioritet sikre barn med nedsatt funksjonsevne og barn med vedtak etter barnevernsloven et tilbud. Retten er en sikkerhet for barnets mulighet til plass dersom barnehagen er avhengig av å tilrettelegge for barnets særskilte behov slik at en søker uten dette behovet ikke blir tatt inn først. Det vil også ved full dekning av barnehageplasser være steder hvor det vil være stor etterspørsel etter plasser. Der vil prioritetsretten i bhl. § 13 styrke barnets mulighet til plass.¹⁰¹ Rett til prioritet vil gi barnet fortrinnsrett på plass i barnehage selv om dette kan medføre at barnehagen må tilpasse seg etter barnets krav på ekstra ressurser.¹⁰²

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 72 (2004–2005) s. 75 og 76.

5 Konsekvenser av endringen

Ved å innføre endring i en lov kan det oppstå konsekvenser. I dette punktet vil jeg se nærmere på hvilke konsekvenser som vil bli aktuelle når det nå er blitt gjort endringer i lov om barnehage. Det er særlig en konsekvens som for mange vil være svært uheldig. Barn som fyller ett år etter utgangen av august har ikke en lovbestemt rett til plass i barnehage. Denne konsekvensen vil for noen barn føre til en ventetid som kan anses som uholdbar i henhold til foreldrenes muligheter til å være hjemme med små barn.

5.1 Barn som fyller ett år innen utgangen av august det året det har søkt om plass, har rett på plass i barnehage

Som sagt under punkt 2.2.2 skal alle barn som fyller vilkårene i bhl. § 12 a ha en individuell rett til plass i barnehage. Barnehageloven § 12 a skal sikre alle barn, fra de som er ett år ved utgangen av august det året det er søkt om opptak og til og med barn opp til skolepliktig alder, en rett til barnehageplass. Dette er som sagt tidligere en minimumsforpliktelse for kommunen overfor sine borgere som er småbarnsforeldre med behov for plass i barnehage. Utover dette har kommunen ingen plikt til å ha plasser, men departementet har uttalt at de mener kommunene kan øke ambisjonsnivået utover den lovbestemte plikten dersom de har kapasitet til dette.¹⁰³ En konsekvens av denne bestemmelsen vil bli at et stort antall barn får en individuell rett til barnehageplass, men en annen konsekvens som kan være vel så viktig å påpeke er at mange barn vil bli stående uten en slik individuell rett selv om de har et reelt behov for en slik plass, se punkt 2.4.

¹⁰² Ot.prp. nr. 72 (2004–2005) s. 76.

¹⁰³ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 29.

5.1.1 Ventetid

Etter dagens bestemmelser der det er satt en grense på at kun de som er ett år innen utgangen av august opptaksåret har rett til plass i barnehage, vil det oppstå et problem med at barn født etter august kan risikere ikke å få barnehageplass før de er 1 år og 11 måneder. Det vil altså si at de kan måtte vente i 11 måneder på å få en barnehageplass.

I dag er foreldrepermisjonen fra 44 til 54 uker.¹⁰⁴ Tre av disse ukene skal tas ut før barnet blir født, så reelt kan foreldrene være hjemme med barnet med lønn frem til barnet er 51 uker, dvs. under ett år. Foreldre med barn som er ett år innen utgangen av august, vil da kunne få barnehageplass dersom de oppfyller vilkårene for rettigheten. Foreldrene til de barna som fyller ett år etter utgangen av august vil måtte finne andre ordninger. Vi vil kunne se at mange vil ha et behov for en plass i barnehage, et behov som de ikke nødvendigvis får dekning for gjennom lov. De kan i verste fall måtte risikere å være hjemme med barnet sitt i elleve måneder mer enn en vanlig foreldrepermisjon. Her må det påpekes at det i dag finnes andre alternativ for barnepass. Vi kan ennå se foreldre som ønsker å ha sitt barn hjemme, hos dagmamma eller andre alternative ordninger. Dersom kommunene ikke klarer å oppfylle rett til plass i barnehage vil alternative ordninger kunne bli et alternativ for foreldre som ikke får plass i barnehage, men som egentlig ønsker barnet inn i barnehage. Dersom ingen andre muligheter er ønskelig eller oppnåelig vil det ikke å få barnehageplass kunne frata foreldrene muligheten til å komme ut i arbeidslivet etter å ha fått barn. Dette kan for noen foreldre føles svært urettferdig og ikke minst kan det for mange være økonomisk uholdbart. Barneombudet har mottatt henvendelser fra foreldre i tilknytning til dette.¹⁰⁵

Det er flere ganger kommet frem i media den siste tiden at regjeringen ønsker å få foreldre ut i arbeidslivet etter endt foreldrepermisjon. Det å sette en bestemt aldersgrense på rett til

¹⁰⁴ Folketrygdloven § 14-9.

¹⁰⁵ Barneombudet i høringsuttalelse om endring i barnehageloven. (2008)

plass i barnehage kan virke som en selvmotsigelse fra regjeringen. Allikevel er denne grensen med på å gjøre det mulig for kommunene å innfri forpliktelsene gitt i loven.

De aller fleste kommuner har i dag mulighet til å kunne tilby flere barn enn de med rett plass i barnehage ettersom 91 % av kommunene hadde full barnehagedekning i 2008 etter

2008- definisjon¹⁰⁶ av full barnehagedekning.¹⁰⁷ Man kan dermed se at begrensningen som er satt i loven, ved at kun barn som er ett år senest 31. august får plass i barnehage, kan være berettiget fordi dette er en plikt departementet mener kommunene vil klare å oppnå allerede i 2009.¹⁰⁸

Når bhl. § 12 a er utformet slik den er vil flesteparten av barn mellom ett og fem år ha en lovbestemt plass i barnehage dersom foreldrene søker om plass innen gitt frist. Barn som blir ett år etter 1. september kan søke om plass og de skal bli satt på søkerliste med mulighet til å få plass dersom kommunen har kapasitet til dette.¹⁰⁹ De kan settes på venteliste uavhengig av når de har søkt. En rett til barnehageplass for barn som har fylt ett år i august vil gjøre at det blir satt en maksimal ventetid som foreldrene kan innrette seg etter. Familie- og kulturkomiteen mener i sin innstilling til lovforslaget at dette vil gi ”en økt forutsigbarhet for foreldre som søker plass.”¹¹⁰

5.1.2 To eller flere opptak

Regjeringen har en målsetning om å korte ned på ventetiden til rett på barnehageplass. Dette varslet de allerede i høringsnotat om utkast til endring i lov 17. juni 2005 nr. 64 om barnehager. Regjeringens målsetning er å innføre et krav til minimum to opptak i året.

¹⁰⁶ Alle som har søkt om barnehageplass innen fristen for hovedopptaket på våren skal få tilbud om plass innen utgangen av året.

¹⁰⁷ Rapport for Kunnskapsdepartementet (2008) ”Undersøkelse av full barnehagedekning ved utgangen av året”.

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s.20.

¹⁰⁹ Forskrift om saksbehandlingsregler ved opptak i barnehage § 3.

¹¹⁰ Innst. O. nr. 69 (2007–2008) pkt. 2.

Regjeringen har ønsket om at opptakene blir gjennomført med seks måneders mellomrom, da dette vil korte ned ventetiden med seks måneder, og barn vil da maksimalt være ett år og fem måneder når de får rett til plass i barnehage.¹¹¹ Slik det er i de fleste kommuner i dag vil det da være et opptak i august og et i februar. Ved opptak i februar vil man ha rett til barnehageplass om man er ett år innen utgangen av februar opptaksåret og har søkt innen fristen for opptak. Regjeringen har ikke uttalt seg om hvordan dette vil kunne utøves i praksis, men vil komme tilbake til dette senere.¹¹²

På sikt vil dette være en god idé og en naturlig følge av endringene som nå har blitt gjort i barnehageloven. Dette vil gi flere barn et tilbud, men vil ha konsekvenser for eksempel for kommunene. Slik systemet er i dag vil man kunne se at dagens finansieringsordning kanskje ikke samsvarer med det behovet som melder seg.¹¹³ Kommunene vil stadig ha plasser stående ledig fordi de skal ha plasser til dem som har en rett ved opptaket i februar, ettersom man da ikke vil ha like mange barn ut av barnehagen som inn. Et slikt problem melder seg ikke i august, der de eldste barna slutter i barnehage og går over i skolen. Plasser som blir stående ledig koster penger for kommunen, og dette kan bli et problem for kommuner som allerede sliter med dårlig økonomi. Flere høringsinstanser har også sterke motforestillinger til regjeringens forslag om to opptak.¹¹⁴

Det å skulle ha to opptak i året kan fort gå ut over de barna som står uten rett, men som kan få plass i barnehage grunnet kommunens kapasitet til å ta inn flere barn enn de med rett etter hovedopptak. Dersom man skal ha to opptak, et på høsten og et på våren, kan kommuner være nødt til å "spare" plasser de har som overkapasitet på høsten til opptaket på våren.

¹¹¹ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s.29.

¹¹² Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s.29.

¹¹³ Fylkesmann i Østfold ved Kari Smith-Meyer. (2009)

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s.29.

Som vi har sett ovenfor kan dagens ordning for noen virke lite rimelig, og regjeringens forslag om flere opptak vil kunne være ”en reell forbedring fra dagens situasjon”¹¹⁵. Slik det er etter dagens ordning kan man risikere å være hjemme i elleve måneder mer enn vanlig foreldrepermisjon. En kortere ventetid vil gi foreldrene en mulighet til å komme raskere ut i arbeid etter endt foreldrepermisjon.

Hvordan skal man kunne gjennomføre en slik ordning?

Med minimum to opptak i året vil man redusere ventetiden for rett til plass i barnehage, men er det gjennomførbart i kommunene selv med en trinnvis overgang slik regjeringen ønsker? Slik det er i de fleste kommuner i dag har de opptak i august. Da går de eldste barna over i skolen, og deres plasser frigjøres til andre. Dermed er en rett til barnehageplass en oppnålig plikt for kommunen i august. Slik det er nå vil man ikke ha en slik ”massefrigjøring” av plasser i februar. Kommunene må ha disse plassene stående tomme fra opptaket i august, fordi de har en plikt til å kunne tilby plasser også i februar.

I dag blir det fra januar allerede frigjort en del plasser. Ved årsskifte vil alle barn som fyller tre år i løpet av kalenderåret regnes som tre år.¹¹⁶ En treåring krever i henhold til forskrift om pedagogisk bemanning § 2 lavere pedagogdekning og etter merknader om barnehageloven § 10 (1)¹¹⁷ mindre areal enn et barn under tre år. En enkel, men ikke direkte riktig måte å forklare dette på er at barn under tre år fyller to plasser, mens barn over tre år tar én plass. Dette kan gjøre at med litt god planlegging kan man få plasser til flere barn uten store forandringer av systemet. Man må for eksempel ha nok godkjent leke- og oppholdsareal for de ekstra plassene.

Regjeringen har selv vært inne på hvordan en ordning med frigjøring av plasser i februar kan gjennomføres.¹¹⁸ En måte å frigjøre plasser på er fleksibel skolestart, enten fra den dagen da barnet fyller seks år eller at man innfører oppstart på skole med seks måneders

¹¹⁵ Høringsnotat om utkast til endringer i lov 17. juni 2005 s.13.

¹¹⁶ Rundskriv F-08/2006 s. 89.

¹¹⁷ Rundskriv F-08/2006 s. 40.

¹¹⁸ NOU 2003: 16.

mellomrom slik at det samsvarer med barnehage- og grunnskolestart. Regjeringen uttalte i NOU 2003: 16:” Norske barn begynner på skolen i august det året de fyller 6 år.

Lovteksten er ikke til hinder for å starte på andre tidspunkt så lenge elevene får minst 38 ukers undervisning innenfor en ramme av 45 uker i løpet av skoleåret.”

Fleksibiliteten i skolestarten skal gjøre at barnet ikke begynner på skole før tiden er moden. En slik ordning som man var inne på i 2003 ville frigjøre plasser hele året eller i den måneden en bestemte at andre oppstartsmåned i skolen skulle være. Dette vil jeg ikke gå nærmere inn på her, men muligheten er der for at kommunene skal kunne klare to opptak uten for store kostnader.

5.1.3 Burde loven vært lagt opp annerledes?

Slik loven er de laga lata, kan det for de som blir stående uten rett anses urettferdig at departementet har satt en grense på retten til plass. Ville denne grensen departementet har bestemt om aldersbestemt rett til plass i barnehage føles mindre urettferdig dersom man hadde lagt opp retten på en annen måte? Det er kanskje to alternativer som ville vært mer akseptabel for de enkelte foreldre. Ikke fordi det ikke settes en grense, men fordi det kunne blitt satt en grense som var mer ”vanlig”.

En grense som er allment akseptert er kalenderår. I skolen er det vanligste at alle barn født i kalenderåret for skolestart, skal begynne på skolen i august. Slik definisjonen av full barnehagedekning lød før bhl. § 12 a trådte i kraft, skulle alle som søkte innen fristen for opptak ha plass innen året var omme. Kommunene hadde da ingen plikt, men skulle jobbe aktivt for å ha nok barnehageplasser slik at de kunne oppfylle regjeringens målsetning om å ha full dekning for alle med behov for barnehageplass.

Et annet alternativ man kunne anvendt er at man kunne gi alle rett til plass i barnehage fra fylte ett år, eventuelt en rett som korresponderte med utgangen av foreldrepermisjonen.

5.1.3.1 Viderefølge ordningen etter 2007-2008 definisjonen

Å innføre en rett til barnehageplass etter bhl. § 12 a gjør som sagt ovenfor at noen barn ikke vil ha rett på plass etter dagens definisjon av full barnehagedekning. Det vil finnes barn med et udekket behov for barnehageplass. Hadde man gått inn for en ordning som lovfestet en rett etter tidligere definisjon av full barnehagedekning ville også barn som ble ett år etter utgangen av august hatt en rett på barnehageplass dersom de hadde søkt om plass innen opptaksfristen. Definisjonen av full barnehagedekning i 2008 lød som følgende: ”Alle som har søkt om barnehageplass innen fristen for hovedopptaket på våren skal få tilbud om plass innen utgangen av året¹¹⁹.” I praksis betyr dette at man får en svakere rett ved at man ikke nødvendigvis får plass allerede fra starten av barnehageåret i august, men man ville være sikret en rett innen utgangen av desember opptaksåret. Her kunne man eventuelt legge til at retten ville gjelde alle som fylte ett år i løpet av opptaksåret. Fylkesmannen i Aust-Agder har i sitt høringsnotat påpekt at det ville ”være naturlig at retten knytter seg til alle barn som fyller ett år i løpet av opptaksåret”.¹²⁰ For mange ville dette kanskje føles mer rettferdig, men et problem er at noen ville fått plass i barnehage før det ville være reelt å ha barnet i barnehage. Barn som fyller ett år i desember kunne få plass allerede fra august, det vil si at foreldrenes permisjon ikke ville vært endt. Dersom de ville ha plass fra barnet fylte ett år, måtte de takket ja til plassen og betale for en plass de ikke brukte. Etter dagens regelverk vil en konsekvens av å takke nei, være at man har ”brukt opp” sin rett, og dermed har kommunen oppfylt sin plikt om å tilby plass. Takker man nei til en plass man får tilbudt, har man ikke rett på å få et nytt tilbud før ved neste opptak. Dette vil jeg komme nærmere tilbake til senere i punkt 5.2. Man kan se at dette også sees på som en urimelig løsning for noen, men ut fra et allment synspunkt på hvordan man vanligvis setter grenser, ville dette kanskje vært mer akseptert enn å sette en grense i august.

¹¹⁹ Rapport for Kunnskapsdepartementet (2008) ”Undersøkelse av full barnehagedekning ved utgangen av året”.

¹²⁰ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 22.

5.1.3.2 Fra fylte ett år

Flere av høringsinstansene til loven¹²¹ og mindretallet i familie- og kulturkomiteen på Stortinget¹²² har uttalt seg om alternativer for å gi en rett fra fylte ett år.

Barneombudet mener at retten til barnehageplass skulle vært gitt alle barn fra den måneden de fyller ett år.¹²³ Videre uttaler barneombudet at retten slik den er nå er fastslått i lov kan anses som forskjellsbehandling av barn avhengig av når på året de er født. Denne forskjellsbehandlingen kan ikke være rimelig eller saklig ut fra FNs barnekonvensjon. En rett som gis for barn som er ett år ved utgangen av august opptaksåret, vil forskjellsbehandle barn født før utgangen av august og barn født etter august. En slik forskjellsbehandling av barn bør ikke finne sted etter FNs barnekonvensjon art. 2. Departementet mener at de ved å sette en grense for hvem rettigheten skal gjelde for, og alle barn som er innenfor denne grensen får oppfylt den rettigheten de har krav på, vil det ikke kunne være forskjellsbehandling.¹²⁴

Det å sette en grense for hvem en rettighet skal gjelde for er en ting, men hvorfor sette den i august og ikke en flytende grense for hvert enkelt barn? Dersom man hadde satt en grense på at alle barn skulle hatt barnehageplass fra måneden de fylte ett år ville det lettere anses som rimelig. En slik ordning vil stemme bedre overens med andre velferdsgoder som for eksempel foreldrepermisjon. Det vil kunne føles både urimelig og usaklig for foreldre med et barn født 1. september at deres barn kan risikere å stå uten barnehageplass til det er nesten to år. Mindretallet i familie- og kulturkomiteen ser også dette som urimelig at barn ikke får plass i barnehage fra fylte ett år.¹²⁵

Etter endringen av loven vil retten til barnehageplass være avhengig av når på året barnet er født. Dette kan anses som forskjellsbehandling både av barnet og foreldrene som kan

¹²¹ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008).

¹²² Innst. O. nr. 69 (2007–2008).

¹²³ Barneombudet (2008) Endringer i barnehageloven.

¹²⁴ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 30.

¹²⁵ Innst. O. nr. 69 (2007–2008) pkt. 2.

risikere å stå uten lønnet permisjon etter endt foreldrepermisjon. Mindretallet i komiteen ønsket i sin innstilling en individuell rett til plass i barnehage fra fylte ett år dersom foreldrene har søkt om plass senest fire måneder før de har behov for plassen.¹²⁶

Dette synes i prinsippet å være en god løsning for brukerne av barnehagen. Problemet melder seg imidlertid også her for kommunene. De må hele tiden ha ledige plasser for å kunne ta opp ettåringer med rett til plass. Dette vil som sagt være dyrt slik nåværende tilskuddsordning er lagt opp ved at tilskudd gis etter faktisk antall barn i barnehage.¹²⁷ Det vil stadig komme barn inn, men det vil være færre barn ut.

5.2 Konsekvenser av å si nei til tilbud fra kommunen

Ved å innføre en rett til barnehageplass etter bhl. § 12 a, vil dette også medføre at det blir konsekvenser av å takke nei til den plassen man blir tilbudt av kommunen. Lovendringen kan føre til at foreldre blir mer bevisst på hvilken rett de har, men også en bevisstgjøring av hva det vil si ikke å ha en barnehageplass.

5.2.1 Man mister retten til plass

Etter bhl. § 8 (2) jf. § 12 a har kommunene plikt til å tilby alle barn med rett til barnehageplass en plass i en godkjent barnehage innenfor kommunen. Dersom kommunen tilbyr plass i en godkjent barnehage i den kommunen der barnet har sin bostedsadresse innenfor det omfanget barnet har søkt om, vil kommunen ha oppfylt sin plikt etter bhl. § 8 (2). Kommunen har oppfylt sin plikt selv om søkeren ikke får sin første eller annen prioritet. Takker en søker med lovbestemt individuell rett nei til et slikt tilbud fra kommunen, vil konsekvensen av dette være at man har takket nei til å benytte seg av sin rett dette opptaksåret. Søkeren har dermed ikke en rett til barnehageplass ved dette opptaket. Det betyr ikke at man ikke kan stå på søkeliste i den barnehagen man vil inn i, men kommunens plikt til å tilby plass har falt bort. Dersom kommunen tilbyr søkeren plass etter bhl. § 12 a, men ikke oppfyller søkerens første eller andre prioritet vil søkeren har rett

¹²⁶ Innst. O. nr. 69 (2007–2008) pkt. 2.

¹²⁷ Rundskriv F-02/2009 Kap. 2.2.

til å bli satt på søkeliste i den barnehagen som var førsteprioritet.¹²⁸ Denne retten vil de ha uavhengig om de takker ja eller nei til den plassen kommunen alternativt kan tilby.¹²⁹

Dersom kommunen kan tilby en plass som ikke samsvarer med bhl. § 12 a mister man ikke retten til barnehageplass selv om man takker nei. Dette er tilfelle der kommunen kan tilby plass i en annen kommune enn der barnet har sitt faste bosted eller at kommunen kan tilby en plass i et mindre omfang enn det barnet har søkt om. Dette kan begrunnes med at kommunens plikt ikke er oppfylt dersom barnet ikke har fått sin individuelle rett til plass i samsvar med første eller andre prioritet eller etter bhl. § 12 a, innenfor kommunen. I tillegg betyr det at dersom kommunen kun kan tilby en deltidsplass til et barn som har søkt fulltid, har kommunen ikke oppfylt plikten den har. En kommune kan kun tilby en deltidsplass til et barn som ønsker fulltidsplass for en kort periode, for eksempel mens man oppretter en heltidsplass.¹³⁰

Ved å takke nei til kommunens tilbud om plass etter bhl. § 8 (2) jf. § 12 a, vil man ikke kunne klage over ikke å ha fått den individuelle retten til barnehageplass oppfylt. Så lenge kommunen har oppfylt sin plikt etter bhl. §§ 8 (2) og 12 a om å tilby plass innenfor kommunen og i det omfang søker ønsker har man mottatt den rettigheten man har. Man kan klage over ikke å ha fått første eller andre prioriteten sin oppfylt etter forskrift om saksbehandling ved opptak i barnehage § 6 (1).

5.3 Klage

Forskrift om saksbehandlingsregler ved opptak i barnehage § 6 gir søker som har fått avslag på søknad ved hovedopptak rett til å klage. Videre kan søker klage dersom han ikke har fått første eller andre ønske oppfylt. Reglene i forskriften ble ikke endret ved innføring av rett til plass i barnehage. I realiteten vil dermed alle som søker innen fristen, og er med i

¹²⁸ Forskrift om saksbehandlingsregler ved opptak i barnehage § 3 (2).

¹²⁹ Kunnskapsdepartementet (2008) Brev 9.12.2008.

¹³⁰ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 32.

hovedopptaket til kommunen kunne klage på ikke å ha mottatt plass, uansett om man faller inn under bhl. § 12 a eller ikke.

Slik barnehageloven er lagt opp kan man klage på to måter, gjennom forvaltningsklage eller domstolsbehandling. Ved forvaltningsklage er det kommunen som er klageinstans, jf. forskrift om saksbehandlingsregler ved opptak § 8. Klagen skal være skriftlig og klagefristen er tre uker etter avgjørelsens innhold er kommet frem til søker, jf. forskrift om saksbehandlingsregler ved opptak §§ 9 og 7.

Jeg vil i det følgende kun ta opp hovedtrekkene ved klagereglene. Det ble ikke gjort endringer i adgangen til å fremme forvaltningsklage ved innføringen av rett til barnehageplass.

I forskrift til saksbehandlingsregler ved opptak i barnehage § 6 er det to alternativer for klage. Første alternativ er at en søker som har fått avslag på søknad om barnehageplass ved hovedopptak kan klage avgjørelsen inn for kommunen. Annet alternativ er at barn som har fått plass i en barnehage kan klage på ikke å ha fått første eller andre ønske sitt oppfylt.

Retten til å klage til kommunen er en rettssikkerhetsgaranti for brukeren. Det ikke å få plass i barnehage er av stor betydning både for barnet og for foreldrene.¹³¹ Som sagt ovenfor er det ved hovedopptak klageadgang for *alle* som har søkt innen fristen, og dermed er med i hovedopptaket. Ettersom det ikke ble gjort endringer i forskriftens § 6 ved endring i barnehageloven vil dette gjelde både de med individuell lovbestemt rett til plass etter bhl. § 12 og de uten rett til plass. Dette vil si at de med rett som ikke har blitt tildelt plass vil ha en sterkere sak enn de uten rett som ikke er tildelt plass. Etter forskrift om saksbehandlingsregler ved opptak til barnehage § 3 skal kommunene skriftlig informere alle søkere ved hovedopptak om hvem som kan klage og hva som kan klages på. I tillegg

¹³¹ Rundskriv F-08/2006 s. 71.

bør kommunene informere om hvem som har rett til plass og hvem som ikke har lovbestemt rett til plass.

Ved å gi god informasjon til søkerne kan kommunene slippe å få inn mange urettmessige klager. De med rett til plass og som ikke har mottatt tilbud vil kunne klage med henvisning til bhl. § 8 (2) jf. § 12 a. Kommunen har en plikt til å tilby plass til de med rett som klager dersom den ikke har oppfylt plikten. Kommunen vil ha en plikt til å opprette en plass til det eller de barna som har rett men ingen plass.

Noen kommuner vil kun ha plasser til de med rett og andre kommuner vil også kunne tilby de uten rett plasser. Barn uten rett til plass vil da eventuelt knive om noen få plasser som kommunene har til rådighet etter å ha oppfylt sin plikt til å tilby plass i barnehage til de med rett. Dersom barnet ikke får en av disse plassene må dette klages over med henvisning til saksbehandlingsreglene for klage.¹³² Kommunen må deretter gå til den enkelte barnehage og få opplysninger om hvorfor dette barnet ikke kom inn etter deres opptakskriterier, mens et annet barn kom inn. Opptakskriteriene fastsettes i barnehagens vedtekter, jf. bhl. § 7 (4) c. Opptakskriteriene skal være objektive, konkrete og etterprøvbare. De skal være til hjelp for både foreldre under søkeprosessen og for klageinstans ved behov for etterprøving ved tildeling av plass.¹³³ Ved opptak er det opptakskriteriene for den enkelte barnehage som skal avgjøre hvem som skal få plass. Dette gjelder både innenfor gruppen som har en individuell rett til plass og gruppen som ikke har en individuell rett på barnehageplass. Får klager medhold i sin klage over ikke å ha fått tildelt plass i barnehage, skal barnet umiddelbart tildeles plass i barnehagen det ønsket eller få tildelt første ledige plass.¹³⁴

¹³² Forskrift om saksbehandlingsregler ved opptak i barnehage §§ 6-9.

¹³³ Rundskriv F-08/2006 s. 67 og 68.

¹³⁴ Forskrift om saksbehandlingsregler ved opptak i barnehage § 7.

I alternativ to i forskriftens § 6 kan man klage over ikke å ha fått første eller andre ønske oppfylt. Dette vil gjelde barn som allerede har fått plass, men ikke i den barnehagen de mest ønsket. Dette kan gjelde barn med rett og de barn uten rett som har fått plass.

Disse barna har rett til å stå på søkerliste i den barnehagen de hadde som første ønske, jf. forskriftens § 3. Ved supplerende opptak skal barn på søkeliste tilbys plass før andre søkere, med unntak av barn med prioritet etter bhl. § 13.¹³⁵ Klage på ikke å ha fått første eller andre ønske oppfylt påklages etter saksbehandlingsreglene § 7. Kommunen må få opplysninger fra den enkelte barnehage om de har fulgt opptakskriteriene de har, og deretter avklare om det er gjort en feil. Er det gjort en feil, skal klager tilbys første ledige plass i ønsket barnehage.

Ved å innføre en rett til barnehageplass, ligger det i rettighetsreguleringen at en part kan kreve erstatning for tap dersom rettigheten ikke oppfylles.¹³⁶ Domstolsbehandling vil derfor i hovedsak være aktuelt for de søkere som har fått avslag om barnehageplass selv om de har en individuell rett. Ved domstolsbehandling vil man følge reglene i tvisteloven om sivil søksmål, og man må oppfylle de vilkår som settes i tvisteloven for å kunne gå til sak. Herunder reglene om partsevne, reelt behov og at det gjelder et rettskrav. Det å kunne gå til sak for å få en rettighet oppfylt er en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti etter norsk rett. For å kunne gå til søksmål må man ha et rettskrav, jf. lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) 17. juni 2005 nr. 90 (heretter tvl.) § 1-3 (1). I tillegg til rettskravet må man ha et reelt behov ”for å få kravet avgjort”, jf. tvl. § 1-3 (2). For å ha et rettskrav, må man ha en rett. Det er derfor kun de barna med rett til barnehageplass etter bhl. § 12 a som kan føre et avslag på søknad om barnehageplass inn for retten. Ved søksmål kan den vedtaket retter seg mot ”kreve at domstolen prøver vedtakets gyldighet og eventuelt opphever vedtaket”¹³⁷.

¹³⁵ Forskrift om saksbehandlingsregler ved opptak i barnehage § 3 (3).

¹³⁶ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 20.

¹³⁷ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 20-21.

5.3.1 Mister flere retten til å klage ved innføring av bhl. § 12 a?

Ser man på ordlyden i forskriftens¹³⁸ § 6 har *alle* som er med i hovedopptaket en klagerett dersom de ikke får barnehageplass. Det vil si at barn som blir ett år senere enn august opptaksåret også vil ha en rett til å klage dersom de har søkt innen fristen.

Spørsmålet man kan stille er om de i realiteten vil ha en reell sjanse til å bli hørt ved å klage på ikke å ha fått plass. Slik det var før lovendringen ville alle som klaget ha like stor sjanse til å få gjennomslag uansett alder og når på året barnet var født. Alle hadde en kollektiv mulighet til å få barnehageplass. Etter lovendringen vil de med rett etter bhl. § 12 a først få plass. De uten rett kan få plass dersom kommunen har kapasitet til å gi dem plass. Får ikke de med rett til plass etter bhl. § 12 a plass og de klager, har kommunen plikt til å skaffe plass. De som ikke har rett til plass og ikke får plass kan klage, men hvilken betydning vil denne klagen ha dersom kommunen ikke har kapasitet til å ta inn de uten rett til plass? De vil ha rett på en klagebehandling etter forskrift om saksbehandlingsregler ved opptak i barnehage § 6 dersom de er med i hovedopptaket. De har ingen rett til plass og kommunen har ingen plikt til å gi dem plass etter bhl. § 8 (2) ettersom bhl. § 8 (2) som et minimum gir kommunen plikt til å tilby plasser til barn bosatt i kommunen som har rett etter vilkårene i bhl. § 12 a. Ut fra dette vil endringen i loven ha den konsekvens at selv om man har rett til å klage, vil ikke muligheten for å bli hørt ved klage være like stor.

5.3.2 Vil endringen føre til flere klager?

Det er ved endringen om rett til barnehageplass behov for en viss anstrengelse om å gi ut informasjon fra kommunene og fylkesmennene til de som skal søke plass i barnehage. Ut fra det som er sagt i medier om rett til barnehageplass, kan det fort bli misforståelser om at *alle* fra 2009 skal ha en plass i barnehage. Dersom det ikke opplyses om at det er foreldrenes ansvar å søke innen fristen, at kun barn som har søkt innen fristen for opptak og er ett år innen utgangen av august opptaksåret har en slik rett kan man risikere å få svært

¹³⁸ Forskrift om saksbehandlingsregler ved opptak i barnehage.

mange klager på ikke å ha fått plass i barnehage. Gir derimot kommunene god informasjon, kan man se en nedgang av klager. Moss kommune hadde ved hovedopptak 2008 en nedgang i klager. Nedgangen antas å skyldes at kommunen informerte søkere som fikk avslag om hva de eventuelt kunne påklage.¹³⁹

¹³⁹ Moss kommune ved Eva Christiansen. (2009)

6 Avsluttende bemerkninger

I denne delen vil jeg se litt nærmere på hva regjeringen ønsker ved å endre loven fra at kommunen skulle ha en kollektiv plikt til å ha et tilstrekkelig antall barnehageplasser til en kollektiv plikt til å kunne tilby alle med rett en plass i barnehage, og gi min konklusjon på problemstillingen som er tema for oppgaven.

Målsetningen til regjeringen Stoltenberg II er full barnehagedekning, høy kvalitet og lav pris.¹⁴⁰ En lovfestet rett til barnehage skulle være en del av regjeringens mål etter Soria Moria-erklæringen.¹⁴¹ Ved å gi alle barn en rett til barnehageplass ville dette styrke barnets videre utdanning og gi barnet en god start på livet.¹⁴² Et godt omsorgstilbud til barn er viktig for at foreldrene skal kunne gå tilbake til aktiv arbeidsdeltakelse etter endt foreldrepermisjon. Barnehageloven har dermed en pedagogisk hensikt samtidig som den har en samfunnsmessig hensikt.

Ved rett til barnehageplass ønsker man at flere barn skal begynne i barnehage. I barnehagen skal barnet få et godt pedagogisk tilbud. Slik kan barnehagen bidra til å realisere regjeringens utdanningspolitiske mål.¹⁴³ Regjeringen har et ønske om at Norge skal bli en kunnskapsnasjon.¹⁴⁴ For å oppnå det må man starte allerede før opplæringspliktig alder. Barnehage er en institusjon som skal være med å bygge opp barns kunnskapsnivå. Økt innsats for læring før barna begynner på skolen vil gi store gevinster senere i livet.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Høringsnotat om utkast til endring i lov 17. juni 2005 s.3.

¹⁴¹ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 16.

¹⁴² Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 5.

¹⁴³ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 6.

¹⁴⁴ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 5.

¹⁴⁵ St.meld. nr. 16 (2006–2007).

Norske barnehager kombinerer i dag pedagogikk og omsorg på en slik måte at Norge har fått anerkjennelse av OECD¹⁴⁶ for det helhetlige perspektivet på barns utvikling.¹⁴⁷ Barnehagen skal gi barn troen på seg selv og andre, og formidle grunnleggende verdier.¹⁴⁸ Gjennom samarbeid med foreldrene skal barnehagen være et sted barn skal møte og skape et likestilt samfunn, med respekt for menneskeverd og det at mennesker er forskjellige.¹⁴⁹ En barnehage skal allikevel ikke være en skole, så lek skal ha en fremtredende plass. Det er gjennom barnehageloven og forskriftene til loven stilt opp krav til hva som skal til for at en barnehage skal bli godkjent. Det er kommunen som er lokal barnehagemyndighet, jf. bhl. § 8 (1), og det er kommunens oppgave å godkjenne barnehagene og det tilbudet som gis der.¹⁵⁰ Selv om det er fastslått i loven hva som er god kvalitet og hva som skal til for å godkjenne en barnehage, kan man se varierende kvalitet i barnehagene. Dette fører til at barn har ulike utgangspunkter ved sitt første møte med skolen.¹⁵¹

6.1 En klarere rett?

Frem til lovendringen har det blitt brukt to begreper; full barnehagedekning og full behovsdekning. Disse uttrykkene har meget forskjellig betydning. Full behovsdekning har man når alle som ønsker og har et behov for barnehageplass får plass i barnehage¹⁵² og full barnehagedekning har man når definisjonen av hvem som skal ha plass i barnehage har fått sin rett til plass oppfylt.¹⁵³ Hva som er full behovsdekning av barnehageplasser er vanskelig å måle, behovene er mange og ulike.¹⁵⁴

¹⁴⁶ Organisation for Economic Co-operation and Development.

¹⁴⁷ St.meld. nr. 16 (2006–2007) pkt. 2.2.1.

¹⁴⁸ Rundskriv F-08/2006 s. 101.

¹⁴⁹ Rundskriv F-08/2006 s. 101.

¹⁵⁰ Barnehageloven §§ 10 og 11 jf. §§ 1 og 2.

¹⁵¹ St.meld. nr. 16 (2006–2007).

¹⁵² St.meld. nr. 24 (2002–2003) pkt. 2.2.2.

¹⁵³ Sunniva Kloed for Kunnskapsdepartementet. (2009)

¹⁵⁴ Sunniva Kloed for Kunnskapsdepartementet. (2009)

Nåværende regjering, Stoltenberg II-regjeringen, har i sin regjeringstid gått bort fra begrepet full behovsdekning og kun operert med full barnehagedekning.¹⁵⁵

Definisjonen av hvem som skal ha barnehageplass har endret seg fra 2008 til 1. januar 2009. I punkt 5.1.3.1 var jeg inne på hvordan man kunne lagt opp loven annerledes slik at det ikke føltes fullt så urettferdig for en rekke mennesker med behov for plass i barnehage ved å ha videreført ordningen fra 2008.

Definisjonen av full barnehagedekning i 2009 er ”at alle kommuner skal innfri den lovfestede retten til barnehageplass”¹⁵⁶. Den lovfestede retten til plass i barnehage er som definert tidligere at alle barn som fyller ett år senest ved utgangen av august opptaksåret og bor i kommunen skal ha rett på plass i barnehage dersom de har søkt innen fristen for opptak. Denne definisjonen gir et klart bilde på hvem som skal ha plass, når de skal få plass og hvor barnet skal få plass. Gjennom lovfestningen har retten blitt klar for den gruppen som blir favnet av loven. Enten har man rett eller så har man det ikke. Har man barn som blir ett år etter utgangen av august, kommer tilflyttende til kommunen eller har barn født sent på våren etter fristen for opptak er gått ut, er man avhengig av å bo i en kommune som har kapasitet til å kunne ta inn flere barn enn det de har plikt til. Disse barna og deres foreldre vil kanskje ha et reelt behov for plass i barnehage, men kommer ikke med i departementets vurdering av behov eller barnehagedekning.

I 2008 gikk Kunnskapsdepartementet ut fra denne definisjonen når de skulle måle om kommunene hadde full barnehagedekning: ”Alle som har søkt om barnehageplass innen fristen for hovedopptaket på våren skal få tilbud om plass innen utgangen av året”¹⁵⁷. Denne definisjonen favner et større antall barn enn de med rett etter 2009-definisjonen.

¹⁵⁵ Kristin Johnsrud for Kunnskapsdepartementet.(2009)

¹⁵⁶ Sunniva Kloed for Kunnskapsdepartementet. (2009)

¹⁵⁷ Rapport for kunnskapsdepartementet (2008) ”Undersøkelse av full barnehagedekning ved utgangen av året”.

Etter definisjonen av 2008 skulle alle barn som søkte innen fristen ha en barnehageplass innen årets utgang for at kommunen skulle ha full barnehagedekning. Econ Pöyry har i sin rapport¹⁵⁸ til Kunnskapsdepartementet avdekket at kun 38 av Norges 430 kommuner ikke hadde full barnehagedekning etter 2008- definisjonen. Det kan se ut til at regjeringen har minsket omfanget av en rett 91 % av Norges kommuner kunne forventet å kunne innfri ved å lovfeste definisjonen av 2008. Etter definisjonen av 2008 ville flere foreldre få dekket sitt reelle behov for barnehageplass. Allikevel må det påpekes, som jeg har sagt tidligere, at loven ikke er et hinder for barn uten rett kan få plass i barnehage, da barnehageloven er en minimumslov.

6.2 Konklusjon

Ved en lovfestning av en rett kan flere bli bevisstgjort på at de har en rett, og man må kalkulere med at dette kan føre til flere søkere enn det som har vært de siste årene. Det å innskrenke det godet som tidligere er gitt kan være en bevisst handling fra departementets side ved å lovfeste den individuelle retten til plass i barnehage slik de har gjort. Ettersom det er uvisst hvordan lovendringen vil slå ut kan det være et godt trekk å innskrenke retten fra tidligere definisjoner, for så eventuelt å utvide den etter å ha sett hvordan lovendringen vil fungere i praksis. Første indikasjon på søkertall og om søkningen vil være stabil eller øke etter lovendringen, vil komme etter søknadsfristen for opptak har gått ut våren 2009.

Lovfestningen av individuell rett til plass i barnehage kan virke som et steg videre i den trinnvise oppbyggingen av full barnehagedekning. Det første trinnet var en lovfestning av kommunenes plikt til å arbeide aktivt for å ha et tilstrekkelig antall barnehageplasser. Kommunene mottok hjelp av staten gjennom økonomiske tilskudd til bygging av flere barnehager for å kunne ha det antall barnehageplasser som innenfor kommunene var det aktuelle behovet for å ha full barnehagedekning. Når målet om full barnehagedekning var nådd skulle neste steg i den trinnvise oppbyggingen tas; innføring av en rett til plass i

¹⁵⁸ Barnehagekartet 2008 – Undersøkelse av full barnehagedekning ved utgangen av året.

barnehage.¹⁵⁹ Ved innføring av rett til plass i barnehage kan det se ut til at regjeringen ønsker at de fleste kommuner skal kunne klare å innfri sin plikt til å tilby plass til alle med rett etter bhl. § 12 a. Ved å sette en grense på hvilke barn som skal ha en individuell rett, og dermed minske antall barn som har rett, kan det være lettere for kommunene å innfri plikten.

Regjeringen har en målsetning om at det på sikt skal innføres et krav om to opptak i året for å korte ned på ventetiden for opptak i barnehage.¹⁶⁰ Dette vil kunne være neste trinn på den trinnvise oppbyggingen av en fullt utbygd sektor der alle med behov for plass faktisk har rett til plass. Ved å innføre to opptak i året vil ventetiden for barn uten rett til plass halveres. Det siste trinnet på oppbyggingen kan være å innføre en rett til plass i barnehage som eventuelt kan korrespondere med endt foreldrepermisjon. Dette vil ligge lenger frem i tid. Dersom man ønsker en fullt utbygd sektor der alle med ønske og behov skal ha en individuell rett til plass i barnehage, vil det reelle behovet for mange foreldre ikke være dekket før de har en rett til barnehageplass fra den dagen de faktisk skal ut i arbeid igjen etter endt permisjon.

Ved å innskrenke et gode som tidligere ble gitt kan man også spørre seg om dette gir en klarere rett for færre? Dersom man ser på definisjonene slik de fremgår ovenfor, ville 2008-definisjonen gi alle barn som er ett år etter august en rett til plass i barnehage innen året var omme dersom de hadde påsett å søke innen fristen. Dette ville gitt flere barn en plass i barnehage, men kommunene ville fått flere plasser som de hadde hatt plikt til å fylle. Å lovfeste en individuell rett til plass i barnehage vil gi en klar rett for alle barn som faller inn under bhl. § 12 a. Barn som har søkt, men ikke er ett år i løpet av august vil kunne ha mindre mulighet til å få barnehageplass nå ved innføringen av rett til plass i barnehage enn de hadde etter 2008- definisjonen av hvem som skulle ha plass i barnehage. Dette vil si at ved å lovfeste en rett til barnehageplass har alle fem-, fire-, tre- og toåringer fått en individuell rettighet som de har krav på å få oppfylt fra kommunen. I tillegg vil barn som

¹⁵⁹ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 5.

¹⁶⁰ Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 19.

fyller ett år før utgangen av august i opptaksåret ha denne retten. Disse barna har fått en klar rett på plass i barnehage. Tidligere var ingen sikret å få barnehageplass.

Man kan ikke si at de barna som står uten individuell rett etter loven har mistet en rett de etter 2008 definisjonen hadde. Barn som nå ikke har individuell rett har aldri hatt en sikker plass, de har kun hatt mulighet til å få et kollektiv gode som var tilgjengelig for alle.

Definisjonen av 2008 av hvem som skulle inn i barnehage for å oppnå full barnehagedekning var ingen lovfestet rett, det var en målsetning.

Vurderingstemaet i min oppgave har vært å se på hvilken juridisk betydning endringene i barnehageloven om å innføre en rett til plass i barnehage vil ha og om innføringen av en slik individuell rett vil gi en klarere rett for færre? Jeg har i oppgaven tatt for meg blant annet forskjellen mellom tidligere lovregel om plikt for kommunene, de nye endringene og konsekvenser av disse. Gjennom oppgaven har jeg funnet både positive og negative sider ved lovendringen.

Min konklusjon er at den juridiske betydningen av endringene i barnehageloven er at kommunenes plikt til å ha barnehageplasser tilgjengelig er gitt en korresponderende rett til å få barnehageplass. Barn som fyller vilkårene gitt i henhold til bhl. § 12 a nå vil ha et rettskrav dersom de ikke får oppfylt sin rett fra kommunen. For kommunene vil dette ha juridiske konsekvenser ved at de med individuell rett kan gå til søksmål mot kommunen for tap de har pådratt seg ved ikke å få plass i barnehage.

En konsekvens av endringene som er gjort i barnehageloven er at flere barn har fått en klar rett til plass i barnehage der de tidligere måtte dele et gode som var tilgjengelig for alle. Tilgjengeligheten er snevret inn til å gjelde en gruppe barn, de som er ett år ved utgangen av august opptaksåret og barn opp til skolepliktig alder, og disse må være bosatt i kommunen.

Ingen barn har mistet en rett, fordi de tidligere ikke hadde noen. De hadde et gode, og de barn utenfor gruppen med rett har ikke mistet dette godet. Dersom kommunen de er bosatt i

har kapasitet vil de fortsatt ha mulighet til å få barnehageplass. Dette er slik de også hadde det før endringen, de måtte ”sloss” om plassene.

Det er derfor ikke blitt en klarere rett for færre, men derimot en klar rett for flere.

7 Litteraturliste

- 2005 Lov om barnehager (barnehageloven) av 17. juni 2005 nr. 64
- 1992 Lov om barnevernstjenester (barnevernsloven) av 17. juli 1992 nr. 100
- 1998 Lov om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova) av 17. juli 1998 nr. 61
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90
- 1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967
- 1997 Lov om folketrygd (folketrygdloven) av 28. februar 1997 nr. 11
- 1998 Lov om kontantstøtte til småbarnsforeldre (kontantstøtteloven) av 26. juni 1998 nr. 41
- 2005 Forskrift om saksbehandlingsregler ved opptak i barnehage av 16. desember 2005
- 2005 Forskrift om foreldrebetaling i barnehage av 16. desember 2005
- 2005 Forskrift om pedagogisk bemanning av 16. desember 2005
- 2004 Forskrift om likeverdighet av barnehager i forhold til offentlige tilskudd av 19. mars 2004
- ØSK FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, 16. desember 1966
- Barnekonvensjonen FNs konvensjon om barnets rettigheter, 20. november 1989
- Menneskerettserklæringen FNs verdenserklæring om menneskerettigheter, 10. desember 1948
- Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) Om endringer i barnehageloven (rett til plass i barnehage)
- Ot.prp. nr. 72 (2004–2005) Om lov om barnehager (barnehageloven)
- Ot.prp. nr. 76 (2002–2003) Om lov om endringer i lov 5. mai 1995 nr. 19 om barnehager (barnehageloven)

Ot.prp. nr. 59 (1997–1998) Om lov om grunnskolen og den videregående opplæringa
(opplæringslova)

St.meld. nr. 16 (2006–2007) ...og ingen sto igjen. Tidlig innsats for livslang læring
St.meld. nr. 28 (2004–2005) Om evaluering av maksimalpris i barnehage
St.meld. nr. 24 (2002–2003) Barnehagetilbud til alle – økonomi, mangfold og
valgfrihet

NOU 1995: 18 Ny lovgivning om opplæring

NOU 2003: 16 I første rekke

Innst. O. nr. 69 (2007–2008) Om lov om endringer i barnehageloven (rett til plass i
barnehage)

Rundskriv F-08/2006 Lov 17. juni 2005 nr. 64 om barnehager
(barnehageloven) med forskrifter og departementets
merknader til bestemmelsene

Rundskriv F-02/2009 Statstilskudd til drift av barnehager

Høringsnotat om utkast til endringer i lov 17.juni 2005 nr. 64 om barnehager
(barnehageloven)

Hov, Jo. *Rettergang III*. Oslo, 2007

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith. *Forvaltningsrett*. 8.utg. Oslo, 2006

Bernt, Jan Fridhjof, Oddvar Overå og Harald Hove. *Kommunalrett*. 4.utg. Bergen/Oslo,
2001

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5.utg. Oslo, 2000

Olsen, Leif Oscar. *Juss i barnehagen*. 2.utg. Kristiansand 1996

Arbeids- og inkluderingsdepartementet. *Botilbud for asylsøkere*.

[http://www.regjeringen.no/nb/dep/aid/tema/Innvandring/asyl-
og_flyktningepolitikk/botilbud_for_asylsokere.html?id=85869](http://www.regjeringen.no/nb/dep/aid/tema/Innvandring/asyl-og_flyktningepolitikk/botilbud_for_asylsokere.html?id=85869) [sitert 4. februar 2009]

Integrerings- og mangfoldsdirektoratet. *Bosetting*. <http://www.imdi.no> [sitert 27.januar 2009]

Barneombudet. *Endringer i barnehageloven*.(2008)
<http://www.barneombudet.no/horingsutt6/2008/horingssva15/> [sitert 15. januar 2009]

Brev fra kunnskapsdepartementet til alle landets kommuner, *Rett til barnehageplass – informasjon til kommuner og fylkesmenn*. Oslo 9. desember 2008.

Kunnskapsdepartementet. *Barnehagekartet 2008 – Undersøkelse av full barnehagedekning ved utgangen av året*. Oslo 2008. <http://www.regjeringen.no/upload/KD/barnehagekart/N-2008-038%20HAH%20Barnehagekartet%202008.pdf> [sitert 15. januar 2009]

Fylkesmann i Østfold, Smith-Meyer, Kari. Telefon. 13. januar 2009.

Fylkesmann i Østfold, Smith-Meyer, Kari. Telefon. 30. januar 2009.

Kunnskapsdepartementet. Kloed, Sunniva Vinje. E-post. 13. januar 2009.

Moss Kommune. Møte. 7. januar 2009.

Dahl, Ragnhild, Moss VOKS. Telefon. 27.januar 2009.

Christiansen, Eva. Samtale. 15.januar 2009.

8 Lister over tabeller og figurer m v

Se <http://www.ub.uio.no/ujur/henvisninger/>